



# "IUS" Y "LEX" SEGÚN LAS DEFINICIONES DE LOS "MAGNI HISPANI"

---

Juan Vallet de Goytisolo

## I. DEFINICIONES DE LA PALABRA DERECHO POR LOS "MAGNI HISPANI"

Recordemos que en derecho romano la definición principal y básica del derecho era «*ars boni et aequi*»<sup>1</sup> y «*quod semper aequum ac bonum est*»<sup>2</sup>, pero que admitía otros conceptos analogados «*quod omnibus aut pluribus in quique civitate utile est, ut est ius civile*», o, para Roma, el «*ius honorarium*», así como también el «*locus in quo ius redditur*».

También Santo Tomás de Aquino<sup>3</sup> partía de una definición principal de derecho como la *res iusta*, pero admitía otras analogadas, siendo la primera de éstas el arte «*quod cognoscitur quid sit iustum*», y las demás: el lugar donde se impartía justicia y la sentencia judicial, sea o no justa; pero rechazó rotundamente que la ley fuera el derecho mismo, propiamente hablando, y la considero «cierta razón de derecho»<sup>4</sup>.

1. *Dig.* 1, 1, 1, pr.

2. *Dig.* 1, 1, 1, 1.

3. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 1, *ad* 1.

4. *Ibid.*, *ad* 2.

A esa acepción principal de la palabra derecho correspondieron las de los capitanes de la escuela de los comentaristas. Así Bartolo<sup>5</sup> se centró principalmente en la definición «*ius est ars boni et aequi*», y Baldo<sup>6</sup> explicó «*iustitia est causa intrinseca iuris, quia iustitia non est aliud quae aequitas et bonitas, et ius non est aliud quae ars boni et aequi*».

Pero si, conforme el voluntarismo de Duns Escoto y más aún con el nominalismo de Ockham, no existe un derecho naturalmente justo dimanante de la naturaleza de las cosas, la palabra *ius*, derecho, no puede corresponder a lo que es justo conforme la cosa misma –*quod iustum est ex ipsa natura rei*. El derecho se reduce a ser el reflejo de las leyes positivas (divinas o humanas), a su contenido, y llega hasta confundirse con las propias leyes (concepto del derecho objetivo) o bien con la potestad de las voluntades subjetivas, que disponen, pactan o reclaman, en un individualismo subjetivista (concepción del derecho subjetivo)<sup>7</sup>.

Con este criterio Gerson, Jean le Charlier, Conrado Summenhart de Calver, Johan Mayr o Major, Juan Driedo consideraron los significados de *ius* concretados en estos dos: el de ley y el poder o facultad<sup>8</sup>.

En el mismo siglo XIV, con Gregorio de Rimini había quedado insinuada una tercera concepción del derecho de carácter racionalista. Este agustino, partiendo de su concepción de la *lex indicans*, expresión de la *ratio* divina y no de la voluntad divina, conduciría a

5. BARTOLO DE SASOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti veteris partem De iustitia et iure*, lex 1, § *Iuri operam*, 1 y 2.

6. BALDO DEGLI UBALDIS, *In primam Digesti veteris partis commentaria, De iustitia et iure*, rubrica, 7.

7. Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, I, *Perspectiva histórica*, Madrid, Centro Editorial Ramón Areces 1994, 120, B, pp. 341 y ss.

8. Cfr. AVELINO FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, 86-91, pp. 157 *in fine* a 172.



estimar que la *recta razón humana* se considerara el fundamento del derecho humano<sup>9</sup>.

Con esta perspectiva, nos corresponde examinar que concepción tuvieron los autores que ahora estudiamos, observándolos en cada una de las diversas corrientes del derecho que aparecen en estos siglos.

Entre los principales representantes de los *magni hispani* de la segunda escolástica, debemos distinguir las posiciones: de una parte, de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y el jesuita Luis de Molina, como máximos representantes de una línea realista próxima a Santo Tomás, aunque en este punto crucial se aparten más o menos de él; y, de otra, a Francisco Suárez, que da un giro total respecto del Aquinatense.

a) Francisco de Vitoria –después de comparar lo que Ulpiano y Santo Tomás de Aquino dijeron acerca del significado de *ius*, y de discutir, confrontando las definiciones de uno y otra, si *ius* deriva de *iustitia* o no deriva, porque «*obiectum non derivatur ab habitu nec a potentia*»– indica su opinión<sup>10</sup> de que *ius* se entiende de tres modos: «*pro eo quod iustum est*», «*pro peritia artis*» y «*pro lege ipsa*». No ignoraba Vitoria que esta tercera acepción la rechazó Santo Tomás, como recordó en el párrafo anterior: «*Unde sanctus Thomas negat quod ius sit lex, sed potius est regula et aliqualis ratio iuris*»; e inquiría lo que pensaba Ulpiano a este respecto, prestando atención a que éste dijo «*iuri operam daturus*, etc.» –como comienza el primer texto del *Digesto*–, por lo cual, cree que admitía esta tercera acepción, pues: «*Dare operam iuri est studere legibus*». En este juicio olvidaba que, para los juristas romanos, el *ius civile* –según lo definió Pomponio<sup>11</sup> era «*quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*»; esto es, se integraba con las soluciones de casos concretos –no propiamente con leyes– mos-

9. Cfr. *Perspectiva histórica*, cit., 154 y s., pp. 471 y ss.

10. FRANCISCO DE VITORIA, *Lecturae a la Secunda-secundae, quaest.* 57, 2, 6.

11. POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 12.

tradas en las de respuestas de los jurisconsultos, las cuales, en el derecho postclásico, constituyeron los *iura*, bien diferenciados de las *leges*.

Pero Vitoria no se detuvo aquí, sino que profundizó en el siguiente y último párrafo del mismo número<sup>12</sup>. Partiendo de la opinión de Santo Tomás, discrepa estimando que el derecho no deriva de la justicia sino que la justicia deriva del derecho. Claro es que aquí se jugaba con diversos significados de la palabra *ius*, así como de la palabra *iustitia*. Y, seguidamente, cita al nominalista Buridanus, quien en sus *Quaestiones super decem libros ethicorum Aristoteles Nicomachum*, 5, 2, oponiéndose a lo que los santos Tomás e Isidoro escribieron, tachó de falso que *ius* y *iustum* sean lo mismo; pues *ius* no significa *iustum*, sino la *ipsam legem*, «*id est, ius est causa iuris*». A esta opinión de Guillermo de Buridan, le objeta Vitoria que no es compatible con la definición que de justicia dieron los jurisconsultos romanos: «*firma atque constans voluntas ius suum uniuersum tribuens*»; según la cual, el derecho no puede entenderse «*pro lege ipsa quae est causa iusti*». Y que, asimismo, los juristas también dicen «*quod precepta iuris sunt; naeminem laedere, ius suum uniuersum tribuere*», de donde resulta que *ius* no puede entenderse como la ley misma, que es «*causa iusti*», sino como «*pro iusto*». Es decir, si bien Vitoria recogía la significación de la ley *pro lege ipsa*, no la confundía con su significación *pro iusto*, sino que la identificaba con la de *causa iusti*. Sin embargo, ahí media una diferencia de matiz importante con la intelección de Santo Tomás<sup>13</sup>, ya que éste no consideraba la ley como «*causa iusti*» sino solamente como «*aliquis ratio iuris*».

Más adelante, al tratar de la propiedad, Vitoria<sup>14</sup> vuelve a ocuparse de lo que es derecho, planteándolo como conocimiento previo y conveniente para saber si el dominio es derecho. A este efecto, otra vez parte de la observación de Santo Tomás acerca de

12. VITORIA, loc. ult. cit., 7.

13. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 1, ad 2.

14. VITORIA, op. cit., quaest. 62, 1, 5.

que la ley no es derecho, sino *ratio iuris*; es decir añade al comentarlo «*est illud ratione cuius aliquid est licitum*», para repetir con Aristóteles y Santo Tomás: «*quod ius et iustum idem sunt*»; pero lo relaciona con su proposición: «*et iustum illud idem est quod legibus licet*». Así concluye que «*ius est illud quod licitum est per leges*», lo que corrobora observando el sentido que se da en el uso corriente a esa palabra cuando decimos «no tengo derecho de hacer esto» o «uso de mi derecho».

Aquí también se observan otras importantes diferencias entre el empleo que esta palabra parece tener en el derecho romano y el que Vitoria sigue en este texto. Ante todo, una de matiz, porque el *ius*, en los tiempos clásicos, no era generalmente creación de las leyes sino conformación de algo como justo por los jurisconsultos.

Además, tiene razón Villey<sup>15</sup>, al advertir que los textos de derecho romano en los que, hoy, se entiende que *ius* es empleado en sentido de derecho subjetivo, se refieren a una *res* incorporal representativa de la parte justa que corresponde a cada uno en ciertos bienes sociales, y al subrayar que es «*la parte justa, "id quod iustum est", no el poder*».

Y la tiene Avelino Folgado<sup>16</sup> cuando, después de una laboriosa recopilación y clasificación de los fragmentos del *Digesto* y de las *Instituciones* de Gayo y de Justiniano en los que *ius* parece empleado en sentido subjetivo, los distribuye en tres grupos: según esta palabra: a) Haga referencia a las personas, supuestos en los cuales *ius* expresa «instituciones justas que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones y cargas, por parte del titular o por

15. MICHEL VILLEY, *Las institutes de Gaius et l'idée du droit subjetif*. Revue historique de droit français et étranger 1946, pp. 201 y ss., recogido en «Leçons d'histoire de la philosophie du droit», Paris, Dalloz 1962, pp. 167-188; *Les origines de la notion de droit subjetif*, II, *Les définitions romaines*, comunicación a la *Société d'histoire du droit*, junio 1953, recogido en «Leçons d'histoire de la philosophie du droit», cit.; *Droit subjetif (La genèse du droit subjetif chez Guillaume d'Occam)* I, B, C, en A, Ph. P. 1964, reproducida en «Seize essais de philosophie du droit», Paris, Dalloz, 1969, pp. 147-158.

16. AVELINO FOLGADO, op. cit. 40-42, pp. 86-93.



parte del sometido». b) Se refiera a cosas, significando, no ya facultad o poder, sino «cosa incorporal, institución de naturaleza y existencia jurídica, parte desgajada de una institución –tal cosa ajena– con un contenido de facultades y deberes respecto del uso y disfrute de la misma». c) Y, en el tercer grupo de textos, *ius* aparece unido a alguna de las palabras *meum*, *tuum*, *suum*, *habere esse*, etc., y expresa también «la institución, el estatuto que lleva consigo ventajas, facultades, utilidades, cargas y obligaciones» o «solas facultades o solas obligaciones».

Por otra parte, los glosadores cuando diferenciaron *ius in re* y *obligatio* basaron esa distinción en considerarlos, respectivamente, la causa de la *actio in rem* y de la *actio in personam*<sup>17</sup>. Con lo cual aquéllos venían a ser, como eran según en los jurisconsultos romanos, instituciones jurídicas de las cuales, además de facultades y poderes o sujeciones y obligaciones, surgen acciones; es decir, estos poderes y facultades y la consiguiente acción nacen de la relación, institución como cosa justa, y no se confunden con éstas.

En el siguiente párrafo del número que examinamos, Vitoria se refiere a las opiniones de los nominalistas Conrado y Gerson. De éste dice que, en su tratado *De contractibus*, definió que «*ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges, id est facultas data*»; y de Conrado recoge que, en su tratado *De potestate eclesiástica*, consideración 13, enuncia *ius quia «facultas»*. Estas expresiones las coteja con textos de la epístola de San Pablo a los *Corintios*, de los *Evangelios* de San Mateo y San Lucas, y con otro de Terencio, en *Adelphus* 1, 1, 26-27, y concluye por aceptarlas aunque con la limitación de que la facultad se tenga *secundum legem*.

Como vemos, Vitoria en este punto, al considerar el derecho como potestad o facultad, aunque éstas las estime derivadas de la ley, y no como estatuto o institución justos de los cuales se derivan

17. Cfr. EMILIO BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune*, Padova, Cedam 1937, 1, pp. 3 y ss.

las potestades, facultades, deberes, sujeciones u obligaciones, muestra una cierta contaminación nominalista de la cual, entonces, se hallaba empapado el ambiente dominante de manera avasalladora, y al que no pudo sustraerse totalmente, como Teófilo Urdanoz ha advertido<sup>18</sup>. Por su parte, Michel Villey –en términos más generales, que alcanzan a la concepción general de *ius*– dice<sup>19</sup> que, incluso, el *id quod iustum est*, si bien para Vitoria viene a ser «la cosa que moralmente es debida (*debita*)», lo es bajo «el punto de vista del moralista»; *ius* es la acción debida, en lugar de ser, como para Santo Tomás, «una *realidad*, una proporción por descubrir, un sustantivo, y no un verbo; que, sin duda, puede ser el objeto, el polo del acto de justicia, no la acción incoada. La diferencia de matiz es considerable».

b) Domingo de Soto, a pesar de que, en general, afianzó el retorno al tomismo, tampoco superó totalmente el peso del nominalismo en algunas de sus definiciones de derecho que ciertamente se hallan influenciadas por él.

Así vemos que Soto<sup>20</sup>, distinguió: el «derecho, esto es las leyes, que son la regla suprema de justicia»; el «derecho en cuanto es objeto de la justicia», y el derecho como ciencia «que investiga que es lo que ha de determinarse como justo por la ley»; y dice que ésta, es decir la ley, es «la regla» y, en ese sentido, «una especie de derecho»; que consiste en «una regla y prescripción escritos del derecho».

18. T. URDANOZ, *Francisco de Vitoria. Su obra. Su personalidad y su influencia. Sus obras*, Introducción biográfica a las «Obras de Francisco de Vitoria», Madrid, B.A.C. 1960, p. 16.

19. M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit sujetif dans la seconde scolastique* I, en «La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno», Milano, Guiffre 1973, pp. 56 y ss.

20. DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure, Proemium* y 3, 1, versiculos *A vero quoniam, lex autum est* y *Quo ibi ait*.



Antes de entrar en el examen de esta cuestión, creo conveniente advertir, que Soto –como explicó Guillermo Fraile<sup>21</sup>– «formado en el ambiente nominalista en Alcalá y Paris, pudo apreciar sus graves defectos. Habla de "*barathrum sophismatum*", "*tempestas sophismatum*", "*monstruorum turba*"...». No obstante esto, y pese a su evidente realismo jurídico, en sus definiciones del derecho entra en el juego de las distinciones conceptuales y de las sutilezas de los razonamientos nominalistas, bastante más que en el examen los significados de las palabras en relación con las cosas significado por ellas conforme el sentido en que se empleaba en el uso corriente. Así al definir la palabra *ius*, se dejó arrastrar por las disquisiciones conceptuales de los nominalistas.

En efecto, Santo Tomás<sup>22</sup> explicaba: «*incipit enim cognitio rei ab aliquibus signis exterioribus (inter quae est nomen) quibus pervenitur ac cognoscendum rei definitionem; quo cum perventum fuerit, habetur perfecta cognitio de rei*». Perspectiva realista que se centra en el examen de si el nombre, en cuanto significación de las cosas, es unívoco, analógico o equívoco<sup>23</sup>. Pues bien, Soto, al tratar de las definiciones de *ius*, no adopta este método, sino que sigue los razonamientos conceptuales de los nominalistas y, aún cuando los contradice, a veces se confunde e incluso él mismo se contradice. Con esta perspectiva, entraremos en el análisis de las definiciones de la palabra *ius* que él contempla.

En el prólogo de su tratado<sup>24</sup>, explica que ha dividido su obra en diez libros, de los cuales en los dos primeros trata del derecho,

21. GUILLERMO FRAILE O. P. *Historia de la filosofía*, III *Del humanismo a la Ilustración*, Madrid, B.A.C. 1966, cap. XII, pp. 417 y s.

22. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In IV Methaphisica*, lect. 19, n. 1048, citado por IACOBUS RAMÍREZ O. P. *De analogía*, sec. I, 25, en «Opera omnia», vol II, Madrid, C.S.I.C., Instituto Luis Vives, 1970-1972, edición preparada por VICTORINO RODRÍGUEZ, O. P., vol. I, pp. 49 y s.

23. Cfr. op. ult. cit., del I. RAMÍREZ, 135, pp. 253 y ss., y, en especial el cuadro de la p. 273.

24. DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, *Proemium*, vers. *Distribuimus autem opus*.

esto es de las leyes –*de iure, hoc est de legibus*–, que son la regla suprema de la justicia; y el tercero, se ocupa del derecho «en cuanto es objeto de la justicia» –*obiectum iustitiae*. En ese libro III, insiste en decir que derecho «puede tomarse en dos sentidos» –«*bifarium*»– a saber: «*pro rationis legis, prudentiaque dictamine, per quam regulam aequitatem iustitiae perpendimus: quales sunt leges*» –o sea, «en el sentido de regla de la razón y dictamen de la prudencia, o sea las leyes»–, y, además, «*preter ae, pro aequitate ipsa quae obiectum est iustitiae*» –es decir, «en el sentido de la equidad misma, que es objeto de la justicia»<sup>25</sup>.

A continuación analiza esta segunda definición, para saber si el derecho es «objeto de la justicia»; y trata de definir la palabra *ius* a partir de la palabra *iustitia*, mediante razonamientos precisamente acerca de ella como virtud moral, en lugar de precisar de un modo realista cuál es el sentido jurídico de la palabra *ius* como lo que es justo o equitativo. No obstante, conforme su realismo fundamental dice<sup>26</sup> que «la virtud de la justicia es la igualdad entre las cosas mismas»; por lo cual, concluye que «el derecho es objeto de la justicia»: «*ius est obiectum iustitiae*»; y se enfrenta con el nominalista Buridamus que, tan solo, identificaba derecho con ley.

Sin embargo, pienso que si examinamos la realidad de las cosas, conforme la observaron Aristóteles<sup>27</sup>, los jurisconsultos romanos<sup>28</sup>, San Isidoro<sup>29</sup>, Azón<sup>30</sup>, Santo Tomás de Aquino<sup>31</sup>,

25. *Ibid.*, 3, 1, 1, vers. *Ad iustitiam*.

26. *Ibid.*, vers. *Cum ergo iustitia per ius definiatur, Atque ex hac rursus, Verumtamen non defunt qui, e Igitur, ut ad obiecta capitalia*.

27. ARISTÓTELES, *Ética*, 5, 3, 1431, a dice *to dikaion* en el sentido de lo justo.

28. Dijo PAULO, Dig. 1, 1, 11: «*quod semper bonum, et iustum est ius dicitur*».

29. SAN ISIDORO, *Etimologías* 5, 3, 1 «*Ius autem dictum, quia iustum*».

30. AZÓN, *Lectura super Codicem*, lib. I, tit. XIV, *De legibus et constitutionibus* 1 y 2.

31. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 1, *ad* 1, señaló que el significado originario de la palabra *ius* fue la «*ipsam res iustam*».

Baldo<sup>32</sup> y explicó Tomás Mieres<sup>33</sup>, más que decir que el derecho es objeto de la justicia, aparece éste como la pauta y el objetivo de aquél. Derecho, *ius*, es lo que es justo, derecho es la cosa justa, derecho es el arte de lo bueno y de lo justo, que trata de dar su forma justa a las cosas, es decir, de configurarlas de conformidad a la justicia, como las bellas artes tratan de configurar las cosas bellamente, de darles una forma bella.

Es muy cierto que Ulpiano<sup>34</sup> escribió: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*», de conformidad a lo cual, dar a cada cual su derecho aparece como objeto de la justicia entendida como constante y perpetua voluntad de efectuarlo. Ahora bien, esta definición se ajusta más a la justicia como virtud, que a su expresión objetiva<sup>35</sup> de aquello que debe de ser determinado, o ya lo esté o haya de determinarse de una manera adecuada, bien se adecúe a la igualdad aritmética (justicia conmutativa), a la igualdad geométrica (justicia distributiva) o al bien común (justicia general o legal<sup>36</sup>). En este segundo sentido el Diccionario de la lengua española dice que «justo» equivale a «arreglado a justicia y razón»; conforme lo cual la justicia es el objeto que el derecho toma como finalidad determinar y realizar. De ahí, las definiciones del derecho

32. Cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 6.

33. Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, Madrid, Centro Editorial Ramón Areces y Consejo General del Notariado 1996, 108, párrafos que contienen las notas 188 y 188.

34. ULPIANO, *Dig.*, 1, 1, 10, pr. y 1.

35. JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario* cit. voz «Justicia», pp. 1830 y ss., enumera varias concepciones de la justicia que se refieren a este significado, como: la de muchos griegos, incluyendo los grandes trágicos y algunos filósofos presocráticos, que tuvieron una concepción que él califica de «cósmica», expresiva del orden y medida del cosmos entero, contrapuesto a todo desorden exceso o demasía, que la misma naturaleza corrige y restablece. Aplicada a los seres humanos dió lugar a dos versiones: la cruda de los sofistas, y la de PLATÓN, que ARISTÓTELES siguió en su *Política* y matizó en su *Ética Nicomaquea*.

36. ARISTÓTELES, *Ética* 5, 1-6, 1129 a-1135 a. Le sigue SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 58, 7.



como «arte de lo justo y lo equitativo», referidas al modo de alcanzarla, como lo que es justo, como la determinación justa, y como cosa configurada de manera justa –*res iusta*–, reflejo, respectivamente de la prosecución, la determinación y la configuración de la justicia en el caso de que se trate o de la cosa que merece el calificativo de justa.

Por eso Santo Tomás de Aquino, al plantear y examinar si el derecho es objeto de la justicia –*utrum ius sit obiectum iustitiae*<sup>37</sup>–, comienza por señalar tres acepciones de la palabra derecho, conforme las cuales el derecho no es objeto de la justicia; y otra de la justicia como «hábito por el cual los hombres harán cosas justas», según la cual sí que el derecho es objeto de la justicia. En su respuesta precisa el significado de la justicia, entendida como virtud y dice que «el objeto de la justicia es denominado lo justo. Y esto es el derecho. Luego es evidente que el derecho es objeto de la justicia». Pero, seguidamente, en su primera solución, señala otros significados de la palabra *ius*, comenzando por su primer análogo, «*artem qua cognoscitur quid sit iustum*» que, antes, ha dicho que no puede decirse objeto de la justicia; en la segunda advierte que la ley no es el derecho mismo, sino «cierta regla de prudencia» –como había anticipado en la dificultad primera, al explicar que «no es objeto de la justicia» sino «parte de la prudencia», como el mismo Aristóteles había dicho<sup>38</sup>. En suma, el Estagirita, en lugar de debatirse en razonamientos conceptuales, como Soto, se ceñía a referirse al significado que daba a la palabra, es decir a la cosa significada por ella<sup>39</sup>. Nótese, en fin, que el derecho o lo justo es objeto de la justicia entendida ésta como hábito o virtud; pero, si entendemos la voz justicia en su significado objetivo general, abstracto, lo justo es una concreción o determinación que realiza el derecho, como arte de lo justo que tiene por objeto su discernimiento y realización.

37. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 1.

38. ARISTÓTELES, *Ética* 5, 1, 1129, a.

39. *Ibid.*, 6, 8, 1141 b.

La acepción primera del derecho como *ley* o «regla suprema de la justicia» —que hemos visto expone en el proemio de su libro I—, Soto la matiza, en la misma cuestión que ahora venimos siguiendo, al explicar: Primero, que si conforme expuso San Isidoro —como hemos visto— se dice *ius* porque es justo, por lo mismo —añade él<sup>40</sup>— «la misma ley se llama justa porque determina lo que es justo en las cosas» —«*lex ipsa ideo dicitur iusta quia iustum in rebus constituit*»—, sin perjuicio de reconocer<sup>41</sup> —conforme la opinión de Santo Tomás— que la ley es una regla de prudencia o un dictamen práctico —«*regula prudentiae, seu dictamen practicum inde constitutum*»—; por lo cual, concluye<sup>42</sup> que la ley es una regla del entendimiento práctico establecida por la prudencia, y por lo tanto es la razón de lo justo, es decir la que causa y constituye lo justo— «*ratio iusto, hoc est activa et constitutiva iusti*».

Comparando estas aclaraciones de Soto con lo que había dicho Santo Tomás, debo hacer dos observaciones. Una, como sea que las leyes hablan de modo universal y no es posible hacerlo rectamente, aquéllas se establecen según lo que ordinariamente sucede<sup>43</sup>; por lo cual, las leyes rectamente establecidas para el mayor número de casos —*in pluribus*— son deficientes en algunos<sup>44</sup>. Por lo tanto, no puede decirse analógicamente que el contenido de las leyes es derecho sino tan sólo en los casos que corresponden a su supuesto general; es decir, a su hecho-tipo, en el que sí determina lo justo de las cosas; pero no en cuanto se aparte del mismo, o sea, no lo es en cuanto a los hechos del caso que no se identifican con el hecho-tipo; puesto que en estos casos la ley no determina lo justo de las cosas.

40. DOMINGO DE SOTO, op. cit., 3, 1, vers. *Qua propter lex ipsa*.

41. *Ibid.*, vers. *Lex autem*.

42. *Ibid.*, vers. *Sed lex est*.

43. ARISTÓTELES 5, 10, 1137 b. SANTO TOMÁS lo explica *Comment. ad librum V Etic. Aristot.*, lec. XVI.

44. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 60, 5, ad. 2.



Esto nos muestra, además, que es mucho más adecuado decir de la ley –como Santo Tomás– que es «cierta razón del derecho» –«*aliqualis ratio iuris*»– que entenderla –como Soto– como «razón de lo justo» –*ratio iusti*–, «causa y determinación de lo justo» –*factiva et constitutive iusti*–; pues, esta determinación no depende sólo de ella sino de su concreción conforme a los principios generales y a la naturaleza de la cosa. Dato que no ignoraba Soto<sup>45</sup> y lo consideró como supuesto de epiqueya, pero sin rectificar su antes referida calificación general de la ley.

Todavía hay aquí otro punto en que Soto se aparta de Santo Tomás, esta vez reductivamente, al explicar la referida definición que del derecho da Ulpiano; y restringirla del siguiente modo<sup>46</sup>; «cuando dijo el jurisconsulto que el derecho es el arte y de lo bueno y de lo justo, se entiende no el derecho escrito sino el natural, por cuanto la epiqueya, obrando en contra de las palabras del derecho escrito, conserva sano su sentido, con que se mantiene intacto el derecho natural». Esta desviación de Soto conlleva otras dos diferencias explicativas con respecto de las que desarrolló el Aquinatense. Una: la ley, según éste, no es derecho propiamente hablando; otra, según el mismo Santo Tomás, el derecho positivo también es derecho en aquellas determinaciones en las cuales resulta indiferente al derecho natural que una cosa sea de uno u otro modo<sup>47</sup>. Lo que ocurre es que la epiqueya solo juega en aquellos casos en los cuales las conclusiones del derecho escrito se apartan del derecho natural<sup>48</sup>. En ese sentido, pues, el arte de lo bueno y de lo justo conjuga tanto el derecho positivo como el derecho natural, escrito o no escrito.

Hemos recordado, al principio de este apartado, que los nominalistas habían circunscrito el concepto de derecho a la ley y al

45. SOTO, op. y quaest. ult. cit., vers. *Ubi hallucinatus y Nam leges non possunt*.

46. *Ibid.*, vers. *Quo fit ut cum ait jurisconsultos*.

47. SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 2, *resp.*

48. *Ibid.*, 60, 5, *ad 2.*

poder o facultad de exigir algo<sup>49</sup>, es decir lo que hoy denominamos derecho subjetivo, y también hemos visto que difiere notablemente del significado que los jurisconsultos romanos dieron a la palabra *ius* en los casos en que ésta aparece unida a *meum*, *tuum* o *suum*<sup>50</sup>. Pues bien, en la segunda acepción nominalista de *ius* —como refiere Avelino Folgado<sup>51</sup>— lo definió Gerson como poder o facultad actual y concreta propia de alguien por dictamen de la recta razón (como vemos Gerson seguía la línea racionalista del nominalismo, iniciada por Gregorio de Rimini), identificando *ius* con *titulum* al decir «*ius seu titulum*». Conrado de Summnhart y otros discípulos de Gerson discreparon en eso de éste; y, según ellos, *recta ratio* se toma por equivalente a la ley, y título por la razón en virtud de la cual la ley atribuye ese poder o facultad: «*illus ratione cuius convenit tali secundum leges ipsum ius*» (Conrado, *Ius civile, Inst., De iure pers., quarta concl.*); y, a su juicio, ese poder o facultad es derecho cuando a la otra parte le afecta el correspondiente *debitum*, en la relación entre ambas. Según la enrevesada opinión de John Mayr o Maior, *ius* no es dominio físico, sino poder moral concedido por la ley; es potencia lícita. Y, en opinión de Juan Driedo de Turnhout, *ius* es poder o facultad de uno sobre otro, que puede ser *in rem* o *in personam*.

Soto no recoge esta acepción del derecho al tratar de sus significaciones, pero sí al ocuparse del dominio<sup>52</sup>, donde se entretiene con disquisiciones acerca de los significados de *ius* y *dominium* que hacían los nominalistas, discrepando de las opiniones de Gerson, Conrado y Richardus de Mediavilla. En el fondo, trató de compaginar el concepto realista de derecho con el nominalista de poder o facultad, llegando a la conclusión<sup>53</sup> de que «servirse de la palabra derecho y de la palabra dominio para

49. *Supra*, texto correspondiente a la nota 7.

50. *Ibid.*, texto que corresponde a la nota 16.

51. AVELINO FOLGADO, op. cit. 84, pp. 158 y ss., y 87-92, pp. 161-173.

52. DOMINGO DE SOTO, op. cit., 4, 1, 1.

53. *Ibid.*, vers. *Primo* y ss.

significar la misma cosa, no lo toleran, en cuestiones de derecho los mismos vocablos. Porque derecho, según hemos dicho más arriba, es lo mismo que justo, como afirmó San Isidoro en su libro V. Por tanto, el derecho es el objeto de la justicia, o sea equidad que la justicia establece entre los hombres; dominio, en cambio, como lo indica la misma palabra dominio, es también facultad del dueño –*domini* (tal como suena el nombre)– sobre los criados o sobre las cosas de que se sirve a su arbitrio y para su utilidad. De donde resulta que derecho no se identifica con dominio sino que es algo superior y más extenso. La mujer, efectivamente, tiene cierto derecho sobre el marido, ..., también el hijo tiene cierto derecho sobre los padres, que tienen obligación de cuidar de ellos; y los criados lo tienen sobre sus amos, que han de cuidar de su sustento y conservación. Por la misma razón, el súbdito tiene derecho sobre su prelado, que está obligado a educarle y gobernarle; sin embargo, ninguno de todos éstos, por mucho que se extiende el significado de la palabra, es, ni puede llamarse señor de su superior».

Como vemos, la posición de Soto no es aquí la de los nominalistas, aunque admite la identificación de la palabra derecho con las palabras poder y facultad, a diferencia de la posición clásica según la cual todo poder y facultad dimanaban del derecho entendido como institución justa o estatuto del sujeto favorecido por aquél.

c) El jesuita Luis de Molina, después de advertir que el vocablo *ius* es equívoco –*vocabulum ius aequivocum esse*–, señaló, entre otros, las siguientes tres significaciones: 1ª, *quod iustum*; 2ª *leges*, sea naturales o escritas; 3ª *artemque quia id cognoscitur*<sup>54</sup>.

Refiriéndose a su primera significación, añadió<sup>55</sup> que derecho como lo justo puede entenderse en dos acepciones: una como legítimo, conforme a la razón y la ley; otra, como equitativo, contrapuesto a inicuo.

54. LUIS DE MOLINA S.I., *De iustitia et iure*, 1, 2, 1.

55. *Ibid.*, 3.

Entre los otros significados usuales de *ius*, señaló, ante todo, el de «*facultate potestative, quod aliquid homo habet*», sentido en el cual decimos que alguien «*uti iure suo*»<sup>56</sup>. Este significado lo aclara más adelante, al tratar de si el dominio es derecho sustancial o formal y responder<sup>57</sup> que es esencialmente sustancial, dando como razón primera de su respuesta que «decimos correctamente –*recte*– que Pedro porque es dueño de su casa tiene plena facultad de disponer de ella; y, por el contrario, no decimos correctamente que por ser capaz de reir es hombre; por lo tanto, la facultad o derecho –*facultas seu ius*– pleno de disposición es efecto del dominio». Es decir, parece que el P. Molina considera que *ius* en el sentido de potestad o facultad es una consecuencia de la titularidad de una institución o figura jurídica, o sea del derecho, *ius*, en este significado de estatuto del que dimanar poderes o facultades que, analógicamente, también se denominan *ius*. Por lo tanto, la facultad deriva de la existencia del derecho y éste se tiene por razón de aquél (al contrario de lo entendido por los nominalistas, según los cuales es *ius*, en ese significado, en cuanto es *facultas* o *potestas* y, según algunos, si además es conforme a las leyes). De ahí, que emplear *ius* cómo equivalente a *facultas* sea una acepción incluída en las que califica de equívocas.

d) Es de notar, ante todo, que el jesuita granadino Francisco Suárez<sup>58</sup>, titula a su libro *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore* y no *De iure* o *De iustitia*. Lo cual de por sí es indicativo de que asigna a las leyes el lugar primordial y central, puesto que, en esa obra, también trata del derecho y de la justicia. Cómo Soto, define primero las leyes que el derecho, asignándoles respectivamente los títulos primero y segundo del libro primero.

56. *Ibid.*, 4.

57. *Ibid.*, 2, 3, 5.

58. Acerca de F. SUÁREZ, cfr. *Perspectiva histórica*, 141-153, pp. 409-470; y muy especialmente el revelador estudio de MICHEL BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, P. U. F., 1990, parte tercera, pp. 307-357.



En éste, después de examinar la etimología de *ius*<sup>59</sup>, se refiere al significado de esa voz, comenzando por encararse con la de *quod iustum et aequum, quod est obiectum iustitiae*; pero, enseguida, trata de desviar ese significado hacia su propia construcción teórica<sup>60</sup>. Guiado por la idea que tiene de ésta, observa: «hay que tener en cuenta que el nombre de justicia se entiende en dos sentidos: primero, por toda virtud ya que comprende todas las virtudes y en cierto modo realiza la equidad; y segundo, como virtud particular que atribuye a cada cual lo que es suyo. Añade que Santo Tomás (S. Th. 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 1), partiendo de esas significaciones, concluye que «*ius non esse legem, sed potius esse id, quod lege prescribitur* [el subrayado es de Suárez] *commensuratur*» [observemos que no dice así, sino que «*lex non est ius proprie locuendo sed alicualis ratio iuris*», lo cual es bastante distinto]. Y concluye: «Me parece que esto hay que entenderlo en un sentido proporcional: las leyes que se refieren a la virtud particular de la justicia pertenecen al *ius* especial; en cambio, en general, tal como puede tener lugar en todas las virtudes, pertenece al *ius* entendido en sentido general y amplio, según dijo Cicerón (*De legibus*, 2). El mismo nombre de la ley expresa el contenido de lo justo y del *ius* –*vim iusti et iuris colendi*– porque la verdadera ley –como él mismo ha dicho– debe prescribir lo equitativo y lo justo».

No es de extrañar que, después de esto, el Doctor Eximio exponga cuales son a su juicio, los significados propios –*propie*– de *ius*, que reconduce a los admitidos por los nominalistas y que hoy corresponden a lo que en los manuales en uso se denomina respectivamente derecho subjetivo y derecho objetivo. Es decir: «*facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam*»<sup>61</sup>; y, derivándolo del verbo *iubere*, «*lex in iusione, seu imperio posita est*»<sup>62</sup>. Esta segunda muestra la pecu-

59. F. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 2, 1-3.

60. *Ibid.*, 4.

61. *Ibid.*, 5.

62. *Ibid.*, 6.



liaridad del concepto escotista que hace residir la esencia de la ley en la voluntad imperativa más que en su carácter de ordenación racional, como después desarrollaremos<sup>63</sup>. A este significado –indica– corresponde la distinción entre *ignorantia ius* e *ignorantia facti*.

Para rematar este apartado, Suárez trae a colación la definición que, en *Catalinario*, expresó Salustio –quien es bien sabido, no era jurista– al decir: «*Ius est civilis aequitas, vel scriptis legibus fancita, vel institutis aut moribus recepta*»; y comenta, ante todo<sup>64</sup>, que esa definición parece que sólo es aplicable a las leyes civiles, aunque fácilmente podrá extenderse a las canónicas y a las divinas positivas; pero, en cambio, no se ajusta a la natural si no se añade que «ésta está escrita en las mentes de los hombres» –«*esse scripta in mentibus hominis*»–; por lo cual, concluye<sup>65</sup> que esa definición más parece hecha por el efecto de la ley que por su verdadera esencia –«*per effectum legis, quam per propriam eius rationem*», y observa que más es una descripción del objeto que de la misma ley, puesto que la ley determina la equidad o es su regla y medida, pero no es propiamente la equidad misma.

Aún recoge otras utilizaciones de la palabra *ius*<sup>66</sup>: los actos de los jueces, el lugar donde se celebra el juicio, al arte de lo bueno y de lo justo. Suárez comenta que esta definición de Celso, «parece que corresponde no tanto a la ley misma cuanto a la jurisprudencia, a no ser que arte se tomase latamente por cualquier razón o medida de las obras».

Al distinguir *ius* y *aequitas* y comentar lo que dice Santo Tomás de Aquino en *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 120, lo entiende en el sentido de que obrar conforme lo bueno y lo equitativo «*est ius ipsum iuxta intentionem servare*»; o sea, según la equivalencia que él preconiza de

63. *Infra*, II, c, 1<sup>o</sup>.

64. SUÁREZ, art. y num. ult. cit., vers. *Quae descripta, primis*.

65. *Ibid.*, vers. *De inde illa decriptio*.

66. *Ibid.*, 8.

*ius* y *lex*, y entendiendo ésta aún en contra de su letra conforme la intención del legislador<sup>67</sup>.

Concluye<sup>68</sup> diciendo muy claramente cual es, para él, el exacto sentido de *ius*: «dejando a un lado metafóricos significados y distinciones que aquí no interesan, aquí hablamos de derecho, en su segundo y propio significado sinónimo de ley –«*cum lege convertitus*»– del que aquí tratamos de modo general».

Es de noventa grados el cambio efectuado por Suárez con respecto de lo que dice Santo Tomás. Es radical, como había destacado Michel Villey<sup>69</sup>. El P. Avelino Folgado<sup>70</sup>, relacionando los dos significados de *ius* que Suárez calificó de «*propie*», destacó que el Doctor Eximio no emplea «la dicotomía *iustum-lex*, sino esta otra: *facultas-lex*».

Bastit<sup>71</sup> pone el dedo en la llaga al indicar que la posición de F. Suárez depende de que, como Ockham, parte, tanto en metafísica como en derecho, de la imposibilidad de la mediación de las cosas. De ahí, que le «resulte necesario recurrir a la voluntad que sustituye a la realidad»; y, por eso mismo, «realiza esta sustitución precisamente por una legislación sistemática, que finalmente es constitutiva de la realidad, o, por lo menos, es la única capaz de conseguir vincular átomos en bruto».

e) De lo qué Fernando Vázquez de Menchaca entendió por derecho me ocupé largamente en la parte histórica de mi *Metodología de la determinación del derecho*<sup>72</sup>, por lo cual, para no repetirme allí me remito.

67. *Ibid.*, 9.

68. *Ibid.*, 11, vers. *Omissis autem methaphoris significationem*.

69. MICHEL VILLEY, *Bible et philosophie greco-romaine* IV, A.Ph.D. XVII, p. 48.

70. AVELINO FOLGADO, op. cit., 105, p. 205.

71. MICHEL BASTIT, op. cit., cap. XI, p. 308.

72. *Perspectiva histórica*, 157, pp. 484-492.

## II. EL CONCEPTO DE LEY EN LOS TEÓLOGOS-JURISTAS HISPANOS

Como complemento del concepto de *ius* o derecho que tuvieron estos *magni hispani*, es preciso observar lo que expusieron acerca del significado de *lex*, pues algunos admitieron que ésta representaba una de las acepciones de aquél o, más propiamente, que constituye su causa; y, según Suárez, que constituye su primer y principal significado, identificando así *ius* y *lege*<sup>73</sup>, tomándola como concepto central de su sistema, articulado ontológicamente de modo coherentemente, prescindiendo del ser, es decir de toda mediación de las cosas<sup>74</sup>. En suma, el concepto que estos autores tuvieron de *ius* sólo puede entenderse bien conociendo además el que tenían de *lex*.

a) Domingo de Soto comenzó su examen de las definiciones de ley con esta observación<sup>75</sup>: «A pesar de ser muchas y diferentes las definiciones de la ley que se encuentran, tanto en los oradores como en los teólogos y jurisconsultos, no acabo de ver en ellos ninguna, o casi ninguna, que exprese convenientemente su género universal, si hacemos excepción de la que Santo Tomás consigna en 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, q. 90, a. 4, si se la completa un tanto». Recordemos esta respuesta del Aquinatense: «ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad». Soto dedica los cuatro artículos de su primera cuestión para analizar cada una de las cuatro partes en que se divide esta definición:

1º Es una *ordenación de la razón*, según Santo Tomás; pero, además a juicio de Soto, es un *precepto obligatorio*, y así lo recalca: «*Qua propter cum S. Tho. tantum unum in eis definitione*

73. Cfr. *Perspectiva histórica*, 162, notas 194 y 195, p. 510.

74. Cfr. BASTIT, op. cit. cap. XI, p. 313; y para observar sus precedentes en ESCOTO y OCKHAM, caps. VI y VII, pp. 171-226 y caps IX y X, pp. 241-304.

75. DOMINGO DE SOTO, op. cit., 1, 1, 1, vers. *Cum multae variaequae definitiones*.

*ponet, nos tamen ambo loco generis compositum, videlicet ordinatio et praecepto*<sup>76</sup>.

Su adición la matiza Soto, al plantear en qué potencia radica la ley, en el entendimiento o en la voluntad, y responder que es obra del entendimiento —«*visi sumus esse opus intellectus*»<sup>77</sup>. Frente a las observaciones en contra de esta aserción, aduce: las etimologías de los verbos latinos *legere* y *ligare*, o bien *eligere*, y el griego *nomen* del que derivó *nomon*; la definición dada en el fragmento *nam* (Dig. 1, 1, 5) —«*Nam ad ea potius debet adaptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae per raro eveniunt*», dice Celso— de la cual deduce Soto<sup>78</sup> que «*ubi lex dicitur iustorum regula et iniustorum regula autem mensuraque nostrarum actionum, est ratio*». Regla que es la razón, puesto que «la regla y medida de nuestros actos, sólo puede ser lo que los ordena a su fin, y esto solo puede hacerlo la razón, que es una potencia visiva, a la que ha de obedecer la voluntad, que es una potencia ciega; por lo tanto, función de la razón es hacer la ley».

A la objeción de que el oficio de la ley es prescribir y prohibir<sup>79</sup>, responde que prescribir o mandar es acto que realiza el entendimiento por medio de la prudencia. En ese sentido invoca a Santo Tomás 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 17, 1, y 57, 6, y advierte que éste sigue a Aristóteles (*Ética*, 6, 9), quien distinguió tres virtudes del entendimiento práctico: *eubuliam*, deliberación de los medios más apropiados para el fin perseguido; *synesis* o perspicacia para discernir cuál de estos es mejor, y el acto de la prudencia —*prudentia actus*—, imperio que caracteriza la razón práctica y la distingue de la especulativa. Este precepto de la prudencia pertenece, pues, al entendimiento y no a la voluntad —*ad intellectum pertinet, non utique ad voluntatem*<sup>80</sup>.

76. *Ibid.*, vers. *Habet enim* y s.

77. *Ibid.*, vers. *Horum primus* y s.

78. *Ibid.*, *Ex priori membro arguit*.

79. *Ibid.*, *Ex posteriori autem membro*, y ss.

80. *Ibid.*, *Pari ergo lege*.



Y a la objeción de que el entendimiento es siervo de la voluntad, replica<sup>81</sup> que «gobernar es propio de quien tiene luz y puede dirigir, y la luz no está en la voluntad que es potencia ciega, sino en el entendimiento», «nunca se dice la luz de la voluntad, sino la luz del entendimiento». E invoca a Cicerón (*De legibus* 1): «La ley es la razón suprema impresa en la naturaleza».

Aún matiza que esa proposición universal y dictamen de la prudencia que es la ley, además, debe realizarse a la manera de un hábito *—per modum habitus—*; es decir, es preciso que tenga carácter fijo y permanente, no limitado en el tiempo<sup>82</sup>.

Por mi cuenta, voy a efectuar una sólo observación a esa adición, en el primer punto de la definición de ley, que Soto efectuó al Aquinatense, añadiendo al carácter de ordenación o norma el de precepto o mandato, aún cuando este segundo lo basara en la inteligencia y no en la voluntad. Sin duda, esta adición se ajusta perfectamente a la ley humana que tenga carácter *imperativo*, pero es superfluo en las que son meramente *dispositivas* o *declarativas*, que Joaquín Costa y Durán y Bas denominaron *facultativas* o *supletorias*<sup>83</sup>. Además, deja fuera del concepto de ley muchas normas que entonces se denominaban leyes —y así las designaba el mismo Soto—, como las de derecho romano, que se aplicaban como buena razón.

Además, la definición de Santo Tomás —que adiciona Soto— se refiere a las leyes en general, incluyendo la ley eterna en el sentido, que él le da, de gobierno del universo por Dios<sup>84</sup>, englobando *res cogitans* y *res extensa* en ese universo gobernado. Con esa adición del carácter de precepto desajusta su definición. No obstante, Soto no da paso alguno más allá, pues incluye todas esas leyes en su concepto de ley, como veremos. El paso de restringir efectiva-

81. *Per haec et comentum contrariae.*

82. *Secunda conclusio* y ss.

83. Cfr. *Perspectiva* 177, pp. 921 y ss.

84. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 91, 1, *resp.*



mente el concepto de la *lex aeterna* lo daría Suárez, como veremos luego.

2º Estar orientada *al bien común* es la segunda característica de la ley que Soto analiza, rebatiendo las objeciones opuestas<sup>85</sup>. Puede entenderse por bien común —dice— o la felicidad natural que puede conseguirse en este mundo, y que consiste en la quietud, tranquilidad y paz de la comunidad, o la felicidad sobrenatural como último fin en el otro, al cual también, por su naturaleza, se ordena todo el bien temporal<sup>86</sup>. Advierte, párrafos después<sup>87</sup>, que la fuente y origen de todas las cosas es la ley eterna; «que existe en la mente de Dios», que «todo lo ordenó y encaminó a Sí mismo»; por lo cual, «todas las demás leyes han de conformarse de tal modo con aquella ley, que todas ellas han de tender al mismo fin». Y hace notar que esto no se le ocultó a Platón en su *Diálogo primero sobre las leyes*.

Esta adecuación al bien común la pone en relación con la universalidad de la ley<sup>88</sup> que abarca todos los hombres y todas las virtudes; por lo cual, conforme enseña la definición de Papiniano<sup>89</sup>, es «un precepto común» y, como indicó Ulpiano<sup>90</sup>, no se constituyen para cada persona en particular, sino para todas en general o —«*generaliter constituuntur*»—. Ahora bien, lo mismo que Santo Tomás, no considera el bien común un todo unívoco sino como unidad de fin, que ordena los bienes particulares al fin común<sup>91</sup>. Soto sigue ese criterio de combinar la unidad con la diversidad, al indicar que en un Estado cualquiera que constituya

85. SOTO, op. cit., 1, 1, 2.

86. *Ibid.*, *Ad questionem uman.*

87. *Ibid.*, *Adde si iubet.*

88. *Ibid.*, vers. *Lex enim.*

89. PAPINIANO, Dig. 1, 3, 1.

90. ULPIANO, Dig 1, 3, 8: «*Iura in singulas personas, sed generalites constituntur*».

91. Cfr. mis *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, 24-28 en «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Casto», Madrid, Tecnos, 1976, vol. II, pp. 739-749.

un reino único, cuando sus partes estén geográficamente separadas, las riquezas y gobierno de una de las partes no han de administrarse de manera que no se empleen desigualmente en beneficio de otra, sino que cada una debe administrarse por sí misma y en beneficio propio<sup>92</sup>.

3º La ley es producto de la razón de quienes tienen facultad de establecer leyes en cada Estado, Soto lo razona<sup>93</sup> porque la ley es una regla dirigida al bien común, dirección que corresponden al Estado, pues tiene como fin propio dirigir a ese bien y conseguirlo; por lo tanto, la facultad de dar leyes la posee exclusivamente el Estado y quien esté al cargo de su gobierno. La ley, añade<sup>94</sup>, tiene la función de coerción, invocando a Aristóteles<sup>95</sup> (*Ética* 10, 9, 1179 b) y a Papiniano<sup>96</sup> (*Dig.* 1, 3, 1) que dice es «*delictorum... coercitio*», corrección de delitos, y este poder –dice Soto– sólo existe en el Estado y en su jefe.

Señala la diferencia<sup>97</sup> entre quienes tienen la facultad de establecer leyes y los que cooperan para establecerlas con sus consejos, concluyendo que, de igual modo que los acuerdos de los sabios no tienen fuerza de ley, tampoco el príncipe ha de establecer leyes sin el consejo prudente de aquéllos.

4º Pertenece a la esencia de la ley su promulgación, de modo que no tiene fuerza de ley mientras no sea promulgada<sup>98</sup>, debido a la naturaleza de la misma ley –*ex natura ipsius legis*–, pues la ley es regla y medida –*regula et mensura*– de nuestros actos; una regla de nada sirve mientras no se aplica a los que han de operarla, y esa aplicación no es posible si no se tiene conocimiento de ella –*nisi per eius notitiam*. No obstante, advierte<sup>99</sup> que la ley se considera

92. SOTO, loc. ult. cit., *Seguitur subinde*.

93. *Ibid.*, 3, vers. *Lex est regula dirigens in commune bonorum*.

94. *Ibid.*, *Subnectitur autem*.

95. ARISTÓTELES, *Ética*, 10, 9, 1179 b.

96. PAPINIANO, *Dig.* 1, 3, 1.

97. SOTO, art. ult. cit., *Est autem considerationem*.

98. *Ibid.*, 4, *Ad quaestionem respondendum... Prima*.

99. *Ibid.*, *Huius argumenti gratia statuitur secunda*.

promulgada desde que solemnemente se le da publicidad, aunque su conocimiento no llegue a todos, bastando que haya podido llegarles la noticia de ella, atendiendo a la distancia.

También examina las objeciones opuestas, respondiendo: que la ley natural se halla promulgada en la luz natural de la razón y en el instinto —«*naturali luce et instinctu esse promulgata*»<sup>100</sup>; y que la ley divina positiva antigua era promulgada por aquellos a quienes como ministros les había sido revelada; y la ley de Cristo fue promulgada por sus discípulos<sup>101</sup>. Advierte, asimismo, que la ley queda promulgada para ausentes y futuros al hacerse por escrito<sup>102</sup>.

Lo que creo más importante destacar, entre lo que Soto dice acerca de la promulgación de la ley, es que tiene por fin dar conocimiento de ella; y que se trata de una comunicación intelectual con finalidad cognitiva.

Para terminar de perfilar el significado en que Soto entendía la voz ley, conviene repasar lo que dice al tratar de las diferentes especies de leyes, donde, no obstante recordar<sup>103</sup> la distinción que ha mostrado entre derecho tomado en sentido de ley, que es la regla de la justicia —«*pro lege quae est iustitia regula*»—, y derecho en el sentido de lo justo, que es objeto de la virtud de la justicia —«*pro iusto, quod est eiusdem virtutis obiectum*»—, viene a indicar que no se identifican estos dos significados. En efecto, nada más comenzar el primer artículo de esta cuestión cuarta<sup>104</sup>, advierte de la dificultad que resulta de que, siendo cuatro las especies de leyes —eterna, natural, humana y divina—, sólo son tres las clases de derecho —natural, de gentes y civil. En su respuesta a esta dificultad<sup>105</sup>, dice que la justicia o la establece la naturaleza de las

100. *Ibid.*, *Ad primum igitur argumentum... respondemus.*

101. *Ibid.*, *Ad secundum... respondetur.*

102. *Ibid.*, *Ad tertium argumentum respondetur.*

103. *Ibid.*, 1, 3 1, *Pro quaestiones huius intellectus.*

104. *Ibid.*, *Constitutis legis definitione.*

105. *Ibid.*, vers. *Responsio ergo primi argumenti.*

cosas, acerca de la que versa la ley natural, o la constituye la ley positiva «*aut constituitur a rerum ipsa natura in qua lex naturalis versatur...aut constituitur a lege positivae*»—, o sea de conformidad a lo que distinguió Santo Tomás de Aquino<sup>106</sup>.

La ley eterna es la «razón suprema», existe en Dios —escribe Soto<sup>107</sup> inspirándose lo que dice San Agustín, en *De libre arbitrio* I y repite de Santo Tomás<sup>108</sup>— puesto que Dios, por lo mismo que es el autor primero de todas las cosas, es también su sumo gobernador. Razón por la cual, explica que teniendo el artífice «necesidad de formar de antemano en su mente idea de las cosas que ha de hacer, que es el modelo de su arte, y debiendo poseer de antemano el gobernante la razón de lo que ha de efectuar —que, por consiguiente, es su regla y norma—, de la misma manera es necesario que Dios tenga un molde de todas las cosas que debía de hacer y también de todo lo sujeto a su gobierno. Arquetipo, conforme el que ha creado todas las cosas, y razón de sabiduría que constituye lo que se denomina el arte con el que se ordenan y encaminan las cosas a sus respectivos fines». Esa razón es denominada ley eterna. Y si la ley, en el gobernante, es un dictamen de la razón práctica con el que dirige todo lo que se le halla sujeto, así, en Dios, la ley eterna no es sino la «sempiterna razón de su sabiduría que gobierna el universo» —*qua mundi universitatem regit*.

Respecto del hombre, el primer problema que se suscita versa acerca de si le es asequible el conocimiento de esa ley y de cual modo puede aproximarse a él. Los nominalistas niegan no sólo toda posibilidad de conocimiento sino incluso la existencia de ese orden; los platónicos y agustinianos admiten el conocimiento de su reflejo en la mente humana, y el realismo aristotélico y tomista lo basa también en la percepción racional de su resplandor en las cosas. Soto sigue este realismo gnoseológico, como muestra al

106. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 2, *resp.*

107. SOTO, *op. cit.* 1, 3, 2, *Ad istam quaestionem*.

108. SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 93, 1, *resp.*



recoger<sup>109</sup> de San Pablo<sup>110</sup>, «las cosas invisibles de Dios se conocen conociendo las cosas [visibles] que han sido hechas». A nosotros –comenta– «se nos da a conocer esta ley eterna solo por sus efectos». Con esa perspectiva, la dificultad opuesta por algunos, de que no hay en Dios una sola razón de las cosas, sino muchas, la resuelve<sup>111</sup> indicando que la ley eterna es reflejada en la estructura de las cosas –*in rerum fabrica*–; por lo cual, en una sola ley eterna hay tantas razones cuantas son las especies de las cosas, y éstas: «*Differunt enim ratione in ordine ad ipsorum effectus*».

En la perspectiva de Soto la ley eterna rige tanto las cosas necesarias como las contingentes, las superiores al hombre, las inferiores a él y sus propias obras<sup>112</sup>. En esto sigue a Aristóteles, a los jurisconsultos romanos y a Santo Tomás, y difiere de lo que entendería Francisco Suárez, como veremos. Así concluye<sup>113</sup>: todas las criaturas irracionales, e insensibles, y carentes de vida, «*quae continuo mutabilitatis fluxu orintur*», dependen de la ley eterna de Dios. El diferente modo de actuar de la ley eterna, lo explica, conforme hizo Santo Tomás<sup>114</sup>: distinguiendo las criaturas inferiores al hombre y el propio hombre, al decir que Dios «no solo imprimió en la mente racional, como intelectiva de las criaturas, la regla a que han de ajustar sus obras, sino que también infundió las inclinaciones e instintos en todas las creaturas [es decir, tanto en el hombre como en las inferiores a él] para que mediante ellos busquen sus fines respectivos». Es propiedad del hombre –destaca Soto<sup>115</sup>– «vivir conforme la razón» y tener una «tendencia al bien»; pero aquella propiedad se oscurece y esta tendencia se debilita con los hábitos viciosos, aunque no se extinga

109. SOTO, art. ult. cit., *Et per haec concordia*.

110. PABLO DE TARSO, *Romanos*, 1, 20.

111. SOTO, art. ult. cit., *Ad tertium dinique respondetur*.

112. *Ibid.*, 1, 3, 4.

113. *Ibid.*, *Secunda conclusio* y *Ad tertiam respondetur*.

114. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup> 93, 5, ad 1.

115. SOTO, art. ult. cit., *Tertia conclusio* y *Ad quintum autem iam responsum est*.

por completo. Sin embargo, la ley eterna sigue rigiendo a quienes así viven; pues —como dice, citando a Santo Tomás<sup>116</sup>—, cuanto más imperfecto y deficiente sea el sometimiento voluntario a la ley eterna más se está pasivamente sujeto a los castigos de ella.

Como vemos, Soto entiende que la ley eterna rige, aunque de diverso modo, tanto la *res cogitans* como la *res extensa*; así en lo estable y permanente como en los cambios operados en la naturaleza de las cosas y en las diversas circunstancias en que se halla el hombre<sup>117</sup>. Es decir, así mismo abarca el sentido y la dirección que la historia tenga según cuál sea la conducta de los hombres y cuáles sean sus logros y fracasos.

El concepto que tuvo Soto de la *ley natural* guarda perfecta coherencia con cuanto dice de la ley eterna, con plena conformidad a la genuina concepción tomista, muy diversa de las voluntaristas y de las idealistas platónicas, que respectivamente consideran que tenemos impresos en la mente unos mandatos o unas ideas. Soto entiende que aquello que nos imprimió Dios es una luz que nos hace partícipes de la ley eterna para adecuar debidamente nuestras acciones al fin hacia el cual, por nuestra naturaleza, estamos ordenados —*«impresit mentibus nostris lumen, per quod legem eius aeternam participantes, actiones nostras ad debitum finem quo suapta natura feruntur, dirigeremus»*<sup>118</sup>. Es decir, esa luz —no ideas ni mandatos— actúa en relación con nuestra naturaleza entera; y en ella —y no desde una *res cogitans* separada de la *res extensa*— constituye un elemento de nuestra propia naturaleza que nos orienta y guía, dirige nuestros actos a la vez que frena y encauza nuestros

116. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 93, 6.

117. La mutabilidad de la naturaleza del hombre la contempla SANTO TOMÁS DE AQUINO, en *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 95, 3, resp., donde dice de la ley humana: «*Debet enim esse disciplina conveniens unicuique, secundum suam possibilitatem, observata etiam possibilitatae naturae (non enim eadem sunt imponenda pueris, quae imponitur viris perfectis)*». Es decir, se trata de una adecuación, en lo posible, de la ley humana a la eterna según la naturaleza de los hombres.

118. SOTO, 1, 4, 1, *Prima conclusio*.

instintos y pasiones. «*Lex naturalis indita est naturae nostrae in ipsa eius conceptionem*», dice el mismo Soto<sup>119</sup>, contraponiéndola al conocimiento de las especies de las cosas, que dice –de acuerdo con su realismo metódico– adquirimos después con la ayuda de los sentidos –«*autem nulla ingeneruntur species rerum, sed illas postmodum sensuum secundum adminiculo acquirimus*». De ahí la diferencia entre esa luz, que nos permite distinguir el bien y el mal, y la sindéresis. Esta –dice<sup>120</sup> invocando a Santo Tomás, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>, 79, 12– es un hábito, o sea una virtud, que nos inclina a prestar nuestro asentimiento a los principios prácticos, como el hábito intelectual es una inclinación o propensión de asentimiento a los principios especulativos. Y añade: del mismo modo que el hábito del entendimiento no es un conjunto de principios, sino la facultad de asentir a estos mismos principios, tampoco la sindéresis es la ley natural, sino la facultad de asentir a los principios y dictámenes prácticos que constituyen la ley natural, ya que juzgamos de aquellos principios en virtud de ella.

La interacción en nosotros de ley natural animal y ley natural de la razón queda clara en la siguiente explicación de Soto<sup>121</sup>: Nosotros nos movemos libremente y los animales naturalmente; pero la libertad de las acciones se ha de fundar en algún principio natural. El bien es apetecido; pero el hombre al tener presentes un bien conforme a la razón y otro conforme a los sentidos, puede libremente preferir uno de ellos. Y eso nos diferencia de los animales, en que «*lex naturalis in nobis, prae brutorum instuctu, legis rationem habet quod ratione nos ipsi ducimur: ella vero per impetum forinsecus aguntur*».

Esa complejidad operativa de la naturaleza humana, dentro de su unidad, muestra que la ley natural no está escrita en la mente del hombre sino en el hombre entero –o si se quiere en su corazón

119. *Ibid.*, *Quod si quaeras quid nam.*

120. *Ibid.*, *Secunda conclusio. Corollarium.*

121. *Ibid.*, *Ad secundum.*



como expresión que lo comprende así—, la reitera Soto en los artículos siguientes de la misma cuestión en estos textos:

— «La naturaleza humana se compone de muchas partes. Porque primeramente es ente *—ens—*, condición que le es común con todas las demás cosas; después, es viviente entre los vivientes, animal entre los animales, y, finalmente, hombre. Por eso, conforme esos grados de naturaleza, le convienen otros tantos preceptos particulares»<sup>122</sup>.

— «A pesar de lo dicho, la ley natural es una», porque «la unidad de la ley se determina por la unidad de fin. Siendo así que todos estos preceptos, así como sólo tienen un principio, que es la razón, también tienen un solo fin y objeto que (...) es el bien en general»<sup>123</sup>.

— «... todas las inclinaciones, incluso el apetito sensitivo, pertenece a la ley natural, aunque por razones diversas. En efecto, en cuanto no se las considera sujetas a la razón sino que tienden a sus objetos sensibles se les denomina preceptos naturales, en el mismo sentido que a los brutos; pero, en cuanto son consideradas sujetas al gobierno de la razón, son preceptos peculiares del hombre. De donde se sigue, que del mismo modo que en el hombre hay dos naturalezas diversas, hay también dos leyes: la ley de los sentidos perteneciente a la parte animal, que constituye la parte material, respecto a la racional, que es la parte formal, o sea su forma que constituye su especie»<sup>124</sup>.

— «No obsta que algunas virtudes se ordenan al bien particular de las personas, porque en los individuos se conserva el bien general de la naturaleza. Así, mediante el recto uso de los manjares y de los placeres sensuales se conserva la especie humana. Además, por las virtudes particulares se progresa hacia la felicidad común»<sup>125</sup>. «Puesto que el hombre tiene dos naturalezas: una

122. *Ibid.*, 1, 4, 2, *prima conclusio*.

123. *Ibid.*, *Secunda conclusio*.

124. *Ibid.*, 1, 3, 3, *Ad secundum autem conceditur*.

125. *Ibid.*, 1, 3, 4, *Ad secundum*.



propia, que consiste en vivir según la razón, y otra genérica, o sea común con los animales, ..., así todas las virtudes son conformes con la propia naturaleza, es decir según la razón, y todos los vicios son contra la naturaleza, en cuanto contrarios a la razón. No obstante, se llaman por antonomasia vicios contra la naturaleza aquellos que no sólo son contra nuestra propia razón sino también contra la naturaleza genérica de los animales»<sup>126</sup>.

La misma perspectiva realista –de conformidad a lo que entendieron el Estagirita<sup>127</sup> y el Aquinatense<sup>128</sup>– muestra Soto al contraponer:

— «La ley natural considerada solamente en cuanto a sus principios, es la misma en todos los hombres, no sólo en cuanto a su rectitud, sino también en cuanto a su conocimiento». Y, en esto, sus principios «son semejantes a los principios especulativos»<sup>129</sup>.

— «La ley natural, considerada en sus conclusiones, aunque por lo general sea la misma en todos, tanto en la rectitud como en el conocimiento, sin embargo falla por lo que se refiere a la rectitud, por los obstáculos particulares de algunos, y, por lo que se refiere al conocimiento, por las tinieblas con que las costumbres depravadas ciegan la razón». Y en eso se diferencian la razón especulativa y la práctica, porque aún cuando «ambas se sirven de principios de suyo conocidos, no proceden de la misma manera en sus ratiocinios. La razón especulativa se ocupa primero y principalmente de las cosas necesarias, que en sus ratiocinios no pueden ser de otra manera sin defecto alguno». «En cambio, como la razón práctica salta de los principios necesarios a lo contingente, en que se encuentran las acciones humanas, necesariamente tienen que tropezar con defectos tanto más cuando más se descende a los casos particulares»<sup>130</sup>.

126. *Ibid.*, *Ad quantum*.

127. ARISTÓTELES, *Ética*, 57, 1134, b, y 6, 7, 1141, b.

128. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 5, *resp.*, y 6, *resp.*

129. SOTO 1, 4, 4, *prima conclusio*.

130. *Ibid.*, *Secunda conclusio*.

Lo mismo viene a decir respecto al hecho de que la ley natural pueda modificarse o suprimirse, distinguiendo aquí, tanto en cuanto a su conocimiento como a su determinación, los primeros y principales principios y sus conclusiones<sup>131</sup>.

Respecto de las *leyes humanas* solo nos interesan tres de los diversos temas que al tratar de ella examina Soto.

El primero se refiere a *si toda ley humana procede de la ley natural*, respecto de lo cual establece tres conclusiones:

Primera: Toda ley establecida por los hombres «tanto participa de la rectitud y caracter de ley cuanto participa de la ley natural»; y «lo justo y recto en las cosas humanas han de medirse por la regla de la razón (...) que es la naturaleza de las cosas» —«*rationis autem regula(...) est rerum natura*»<sup>132</sup>.

Segunda: «Una cosa puede derivarse de la ley natural de dos maneras —*bifarium*—; o como *conclusión*, derivada de los principios, o como *determinación* específica de algún género común». En esto también sigue fielmente a Santo Tomás<sup>133</sup>. Aunque creo que no plenamente cuando dice que las conclusiones se obtienen por vía de silogismo, pues pienso que más bien se trata de una concreción de la norma al caso que se halle ajustado a su hecho tipo, atendiendo a sus circunstancias específicas —según, después, él mismo viene a indicar, como enseguida veremos—; en cambio, es muy preciso al decir que, en las determinaciones, «el universal genérico se aplica a las especies», de modo tal que —dice— «la segunda premisa [será en todo caso premisa de un entinema, no de un silogismo, aunque más propiamente es un acto de decisión efectuado dentro de un determinado círculo de posibilidades] no es proporcionada por el conocimiento racional, sino por el juicio de los hombres»<sup>134</sup>.

131. *Ibid.*, 1, 4, 5.

132. *Ibid.*, 1, 5, 2, *Prima conclusio*.

133. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 95, 2, *resp.*

134. SOTO, loc. ult. cit., *Secunda conclusio*.

Tercera: Las leyes humanas deducidas por vía de conclusión reciben la fuerza de los principios la ley natural, pero no las obtenidas por determinación; «*quod conclusiones in suis principiis actu continentur; species autem in genere non nisi in potentia*»<sup>135</sup>.

Lo que dos párrafos antes he advertido entre corchetes, lo reconoce Soto al repetir que la ley natural sólo en cuanto a los principios tiene la misma fuerza en todas partes; porque las *conclusiones* y sobre todo las *determinaciones* específicas varían según las diversas naciones<sup>136</sup>.

El segundo tema que nos interesa se refiere de la *generalidad de la ley*. Acerca de esto concluye que la ley debe establecerse en sentido general –*in commune constituit*– o sea conforme lo que es común; y las circunstancias accidentales no deben incluirse dentro de la ley, sino que han de apreciarse, posteriormente, por medio de la prudencia. De ahí el axioma de que la ley no tiene en cuenta lo que rara vez ocurre, sino lo que sucede con mayor frecuencia<sup>137</sup>.

El tercer tema se refiere al *cumplimiento de la ley por los súbditos*; y, en él, llega a las siguientes conclusiones: Primera, la ley que se aparta del bien común, no tiene fuerza obligatoria<sup>138</sup>. Segunda, aunque la ley promulgada de una manera general sea útil en muchos casos contingentes, sin embargo en los casos en que resulte contraria al bien común, no hay obligación de observarla<sup>139</sup>. Tercera, no obstante las anteriores conclusiones, añade que la epiqueya, según lo acostumbrado y el buen orden, corresponde solamente al príncipe, salvo en el caso de peligro súbito<sup>140</sup>.

Esta tercera conclusión debemos relacionarla con lo que dice respecto del juicio, en el cual no son ciertamente los súbditos, sino el juez quien se encuentra en semejante situación. Ahí repite que lo

135. *Ibid.*, *Tertia conclusio*.

136. *Ibid.*, *Ad tertium*.

137. *Ibid.*, 1, 6, 1.

138. *Ibid.*, 1, 6, 8, *Prima conclusio generalis*.

139. *Ibid.*, *Secunda conclusio*.

140. *Ibid.*, *Tertia conclusio*.

justo «*non in legibus, sed ex rebus totum suum habet robur*», y, aunque encomienda esa función tanto al rey como a los jueces, se la restringe a éstos y entiende que tan sólo se le reconoce en el caso de que puedan dispensar una ley, en el cual también podrán interpretarla<sup>141</sup>. Ahí –notémoslo– ni siquiera emplea la palabra epiqueya o equidad, a diferencia de Santo Tomás que sí lo hace, entre otros diversos lugares<sup>142</sup>, al tratar del juicio<sup>143</sup>.

b) El jesuita Luis de Molina –como advertí en la parte histórica de mi *Metodología de la determinación del derecho*<sup>144</sup>– no enumera específicamente la ley eterna y la ley natural sino que sólo habla de derecho natural, haciéndolo en el doble sentido que atribuye a una de las acepciones de la palabra *ius*, empleada por él en sentido lato, que incluye equívocamente con ese mismo nombre la ley misma y el contenido de ésta; pero, en esta expresión subsume, en una sola perspectiva, lo que Santo Tomás refiere a las palabras *ius* y *lege* bajo tres puntos de vista: los de la ley aplicada por Dios al gobierno de las cosas –*ley eterna*–, de la participación en ella de la criatura racional –*ley natural*– y de lo que es justo conforme la naturaleza de las cosas –*derecho natural*–. Molina lo subsume compendiosamente, con lo cual, en el fondo, no es infiel al Aquinatense.

He ahí las explicaciones de Luis de Molina S.I.: Cuando Dios nos hizo la naturaleza, imprimió en nuestra mente la ley natural por la que discernimos lo bueno y lo malo, como consta por la experiencia «*Cum enim natura a Deo... instituta sit: naturaeque legem, qua bonum a malo discernimus ipse mentibus nostris impleverit, ut vel experientia ipsa constat*»<sup>145</sup>. Cita, en este punto, el *Salmo* 4, y comenta que la luz de la que habla no es otra que la del

141. *Ibid.*, 3, 4, 5.

142. Cfr. en la *Parte sistemática* de mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, 281, pp. 1483 y ss.

143. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 60, 5, *ad* 2.

144. *Perspectiva histórica*, 138, p. 404.

145. LUIS DE MOLINA, S.I. *De iustitia et iure*, 1, 5, 3.



entendimiento, por la cual discernimos y juzgamos lo que por su naturaleza —«*quae ex se et natura sua*»— es bueno y lo que es malo; así como también el conocido texto de San Pablo, en su *Epístola a los romanos*, 1, 20. En consecuencia, estima evidente que Dios ha introducido el derecho natural en nuestra mente; pero advierte que también la ha impreso en la misma naturaleza de las cosas —«*sit in mentibus nostris inditum, naturisque ipsis rerum impressum*». En suma, imprimió en nuestro entendimiento una luz para que distingamos en las cosas lo bueno y lo malo.

Con esa perspectiva no se ocupa de la inmutabilidad o variabilidad de la ley natural, sino que tan sólo observa subsumidamente si la variabilidad del derecho natural es no sólo posible sino también conveniente, debiéndola precisar el derecho humano en cada circunstancia. Así, consideró que la variación del derecho natural no se produce por variación o mutación de la ley natural, sino por darse alguna circunstancia que al objeto considerado lo excluya del número de los objetos comprendidos en la ley —«*propter eventum circumstantiae quae extrahit obiectum a numero eorum quae lex ea comprehendit*»—; así, la luz del entendimiento dicta e interpreta la ley de modo que, si bien ésta persiste tal como antes era, no obstante no se extiende a un determinado caso, dada la concurrencia en él de determinada circunstancia —«*lumine intellectus dictante et interpretante, quod persistente lege in se, ut antea erat, non intelligatur in eo eventui, talique superveniente circumstantia*»<sup>146</sup>.

c) Francisco Suárez, conforme su concepción voluntarista de la ley, hace de ésta el núcleo básico de todo su sistema jurídico. La considera como causa de la que dimana todo el contenido jurídico, hasta el punto de que —como, al examinar sus definiciones del derecho, hemos visto— identifica tanto *lex* como el contenido de deberes, facultades o poderes dimanantes de ésta.

146. *Ibid.*, 4, 6.

En la parte histórica de mi *Metodología de la determinación del derecho* analicé el sistema de leyes por él construido<sup>147</sup>; su concepción de la ley natural<sup>148</sup>, de la ley positiva humana<sup>149</sup> originada por el poder legislativo del Estado<sup>150</sup>; su repercusión en la atenuación y subordinación a ella de las demás fuentes del derecho humano<sup>151</sup>; su tendencia favorable al monopolio estatal del derecho humano<sup>152</sup>, y el influjo de su concepción en la interpretación y en la equidad<sup>153</sup>. En la parte sistemática de la misma *Metodología*, vol II, he profundizado en el tratamiento dado por él a la interpretación<sup>154</sup>, a la analogía jurídica<sup>155</sup> y a la equidad<sup>156</sup>. Debo remitir, al paciente lector, a lo que allí he escrito; pero creo indispensable sintetizarlo y añadir alguna observación valorativa acerca de ese sistema de leyes. Suárez lo elaboró de un modo perfectamente coherente con su concepción, a la vez idealista, voluntarista y racionalista, construida sin mediación alguna de las cosas que, para él, no son sino *res extensa* o «materia», como él las denomina. Debo reconocer que en esa síntesis, que trataré de mostrar con la mayor claridad posible, me ayudará la lucidez de algunos análisis acerca de estas cuestiones —que he leído después con gran interés— efectuados por el profesor Michel Bastit<sup>157</sup>.

Ante todo, conviene recordar que el Doctor Eximio comenzó por rectificar el concepto de ley expuesto por el Doctor Común,

147. *Perspectiva* 147, pp. 431 y ss.

148. *Ibid.*, 148, pp. 436 y ss.

149. *Ibid.*, 149, pp. 441 y ss.

150. *Ibid.*, 150, pp. 445 y ss.

151. *Ibid.*, 151, pp. 450 y ss.

152. *Ibid.*, 152, pp. 461 y ss.

153. *Ibid.*, 153, pp. 466 y ss.

154. *Parte sistemática*, 113-115, pp. 601-616.

155. *Ibid.*, 179, pp. 935-939.

156. *Ibid.*, 286, pp. 1511-1516.

157. MICHEL BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, cit., III parte: *Suárez o la loi dialectique*, pp. 307-359, y *Conclusión*, pp. 361-376.

reduciendo su generalidad, al circunscribir la consideración de leyes solamente a las impuestas como preceptos a la criatura racional. Con ello, lo restringió en el sentido de que toda ley se caracteriza por versar acerca de la moral y por imponer una obligación<sup>158</sup>. Así lo hice notar<sup>159</sup>, advirtiendo que, con esta restricción, Suárez trató de centrar su concepto unitario de ley en el acto volitivo por el cual de modo preceptivo la impone el legislador. De ese modo organizó un *sistema de leyes*, como mandatos imperativos, jerárquicamente establecidos, emanados, unos, del Soberano Señor del universo y, los demás, de los soberanos de este mundo con jurisdicción sobre comunidades perfectas.

Por otra parte, en el mismo primer volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho*<sup>160</sup>, observamos la relación que con la metafísica de Suárez tiene su concepción jurídica; existe paralelismo entre su modo de obtener los universales por *intuición entitativa* —en expresión de Canals Vidal<sup>161</sup>— y no por *abstracción integrativa* —con la que opera el realismo aristotélico-tomista—, con su manera de captar la ley natural, que no obtiene por *sindéresis* —como Santo Tomás— sino por intelección de lo escrito por Dios en nuestra mente, y con su modo de determinar, en cada caso concreto, lo justo natural —que él no obtiene observándolo *ex ipsa natura rei*, sino por *aplicación* de la correspondiente *ley natural más adecuada a la «materia»*.

De ahí que, al prescindir de toda mediación de la naturaleza de las cosas, observadas en su realidad viva, se produce en F. Suárez —como nota Michel Villey<sup>162</sup>— la pérdida del sentido de la tensión

158. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 1, 1, 5 y 7.

159. *Perspectiva histórica*, 147, p. 431.

160. *Ibid.*, 143-145, pp. 417-428.

161. FRANCISCO CANALS VIDAL, *Sobre la esencia del conocimiento*, 2ª parte, ap. II, cap. 4ª y 5ª parte, cap. II, Barcelona P.P.U. 1987, pp. 206, 164 y ss. y 528 y ss. Cfr. también EUDALDO FORMENT, *Ontología del conocimiento y fundamentación de la metafísica*, Studium, XXXI-I, 1991-1, pp. 129-147.

162. MICHEL VILLEY, *La formation*, III-2º, cap. III, pp. 377 y s.

entre lo que las cosas son en acto, tal como existen, y lo que pueden ser en potencia; y, por tanto, entre su existencia y su esencia; la realidad de las cosas y la «naturaleza» hacia la que tienden; en el hombre, entre su voluntad y su razón; entre el hecho y el valor, entre la ley positiva y el derecho. Es decir, pierde la «muy rica noción del ser, cuna de la teoría tomista del derecho natural, en la cual la ley es un esfuerzo de actualización hacia el derecho». Perdida esta concepción, el derecho tiene necesariamente que ser determinado por una voluntad independientemente del ser de las cosas, por una voluntad que es su causa eficiente, función en la cual destituye la naturaleza de las cosas del puesto central que en el tomismo ocupa, atendiendo al orden dinámicamente establecido por Dios en su obra creadora.

En esa misma perspectiva, piensa Bastit<sup>163</sup> que, en Suárez, «la mutilación padecida en el concepto de ser tiene por corolario, en orden a la ley, que la *ratio legis* se vea asimismo privada de su propio fin, para ser arrinconada en un orden estático y reducida a una determinación, del mismo modo que el ser es reducido a su esencia, sin que pueda comprenderse su ejercicio». Ve en esa modificación una trascendencia que merece ser destacada, «precisamente porque, hasta ese momento, la ley se desenvolvía en un ámbito en el cual el ser no era reducido a su esencia, sino que se desplegaba para atender a su fin».

Conviene, pues, seguir lo que Francisco Suárez dice al definir la ley y al señalar cuales son sus caracteres, y comprobar que, en algunos aspectos principales, da un giro de noventa grados a lo expuesto por Santo Tomás.

Notemos que la primera y más general delimitación de ley que expone el Aquinatense es la de ser alguna *regla y medida* —«*regula quaedam et mensura*»—, que puede hallarse en el sujeto: como principio activo, que regula y mide conforme la razón, y como principio pasivo, que es regulado y medido; y así la ley está en



todas las cosas que se dirigen hacia un fin —«*quod inclinatur in aliquid ex aliqua lege*»<sup>164</sup>. Esa delimitación más general de ley, la diferencia, a su vez, según se refiera a la razón especulativa —*speculativa ratione*— o a la razón práctica —*practica ratione*—, que son objeto de conocimiento en el hombre mediante operaciones de la razón, entre las que se hallan «*intelligere et ratiotinare*»<sup>165</sup>. Y, ciñéndola a esta segunda especie de razón, da ya una definición propiamente dicha de la ley, como una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad —«*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*»<sup>166</sup>. Luego, al recordarlo, matiza que es un dictamen de la razón práctica del príncipe que gobierna una comunidad perfecta —«*quoddam dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam*»<sup>167</sup>.

Esa definición general incluye todas las ya entonces eran denominadas leyes: a) La *lex aeterna*; pues, «todo el conjunto del universo está sometido al gobierno de la razón divina», por lo cual «esa razón del gobierno de todas las cosas, existente en Dios, como supremo monarca del universo, tiene carácter de ley» —«*legis habet rationem*»<sup>168</sup>. b) La *ley natural*, como «participación de la criatura racional en la ley eterna; pues participa de la razón eterna en cuanto le inclina naturalmente a la acción debida y al fin» —«*participatio ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem*»<sup>169</sup> c) La *ley humana*, porque en el proceso de la razón práctica de los principios indemostrables es necesario que la razón humana llegue a obtener la determinación de

164. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 90, 1, *ad* 1.

165. *Ibid.*, *ad* 2.

166. *Ibid.*, 4, *resp.*

167. *Ibid.*, 91, 1, *resp.*

168. *Ibid.*, vers. *Manifestum* y *Et ideo ipsa ratio*.

169. *Ibid.*, 91, 2, *resp.*

disposiciones singulares que se llaman leyes humanas<sup>170</sup>. En éstas, observa que la razón natural es regla y medida de las acciones del hombre, aunque no lo sea para las cosas que tienen su origen en la naturaleza<sup>171</sup>; y que no es necesario que la medida de esas leyes humanas sea completamente cierta e infalible, bastando que lo sea según lo posible dentro de su género<sup>172</sup> d) La *ley divina positiva*, que Dios dió al hombre para encaminarle en aquello para lo que no le basta la ley natural, como es el dirigirle hacia su último fin sobrenatural, y para que pueda participar de una manera más perfecta de la ley eterna<sup>173</sup>.

Con estos antecedentes veamos cual fue el giro dado por Suárez a la definición de la ley. Esta sustancialmente consistió en *superponer, al de regla y medida, el carácter de precepto prevalentemente volitivo e imperativo*.

Como hemos visto antes, esa delimitación de la ley como regla y medida de ordenación racional, operada por la razón práctica, conviene suficientemente a todas las clases de leyes entonces reconocidas como tales, sean naturales o racionales, éticas o jurídicas, imperativas o dispositivas o subsidiarias, sean de preceptos o de consejos. Soto —como hemos observado— al carácter de ordenación racional de esta definición le añadió el de precepto o mandato, con lo cual, varias leyes, inclusive jurídicas, quedaban fuera de ella o bordeando sus límites. Suárez, dada su concepción nominalista de las cosas, que reducía a «materia», y a su voluntarismo, fue más allá y corrigió profundamente la definición de Santo Tomás, construyendo un sistema jerárquico de leyes fundadas en la voluntad

170. *Ibid.*, 91, 3, *resp.* Ahí cita el texto de la *Retórica* de CICERÓN (2, 53) donde se lee que el derecho «tiene su origen en la naturaleza; luego algunas cosas por su utilidad se han convertido en costumbre; y, finalmente, estas cosas originadas por la naturaleza y aprobadas por las costumbres son sancionadas por las leyes y la religión».

171. *Ibid.*, *ad* 2.

172. *Ibid.*, *ad* 3.

173. *Ibid.*, 4, *resp.* y *ad*. 1.

del legislador, que —como después veremos— repercutió reductivamente en el concepto de cada una de las clases de leyes.

Así, comenzó por rechazar la más amplia acepción de ley que incluye la inclinación que Dios, como su autor, ha puesto en las cosas —acepción que hallamos en los diálogos *Timeo* y *Gorgias* de Platon y en textos de la *Sagrada Escritura*—, considerándola «metafórica»; «ya que las cosas que carecen de razón no son propiamente capaces de ley, como tampoco lo son de obediencia»<sup>174</sup>. Igualmente considera metafórico denominar ley —como hizo San Agustín— a la inclinación meramente natural del apetito<sup>175</sup> o a las reglas de arte, aunque sean obra de la razón, porque no se refieren a la rectitud de los actos morales<sup>176</sup>. Hechos estos deslindes, denomina ley solamente a la medida de los actos morales en cuanto a su bondad y rectitud<sup>177</sup> —no de cualquier acto—, pero todavía añade otra restricción, con la que excluye los consejos, al requerir que la ley imponga alguna obligación, «*moralem necessitatem operandi*»<sup>178</sup>.

Es coherente con ese carácter impositivo, entender que la ley se fundamenta en la voluntad de quien la impone; y, así, Suárez toma como punto de partida la definición de ley que da el nominalista Gabriel Biel, diciendo que es un signo que manifiesta la voluntad o mente del príncipe. Suárez no exige que ese signo se manifieste por escrito en tanto la palabra que la expresa permanezca en la memoria de los súbditos<sup>179</sup>.

De qué modo se combinan al disponer la ley los actos del entendimiento y de la voluntad y el carácter prevalente de ésta, lo explica el Doctor Eximio porque, al ser un medio para el bien, consistente en la paz y la felicidad de los súbditos, se ha de

174. F. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 1, 2.

175. *Ibid.*, 3 y 4, y 1, 3, 8.

176. *Ibid.*, 5, 1, 5.

177. *Ibid.*, 6 y 7.

178. *Ibid.*, 8, vers. *Excluditur*, y 1, 12, 4.

179. *Ibid.*, 1, 4, 4.

suponer, ante todo, que en la voluntad del legislador radica la intención de propugnar el bien común y el buen gobierno de los súbditos; seguidamente, a ese acto de voluntad le sigue, en su mente, la deliberación por la cual su *entendimiento* juzga qué ley es justa y conveniente; y, finalmente, se produce el acto de *voluntad* mediante el cual el príncipe acepta, elije y quiere que los súbditos observen lo que él, según su entendimiento, ha juzgado conveniente. De ese modo, la ley —dice— «no es solamente iluminativa sino motiva e impulsiva»; no siendo suficiente una voluntad simple o ineficaz<sup>180</sup>, requiriéndose que esa voluntad tenga por objeto imponerla a los súbditos, sin lo cual no les obligaría<sup>181</sup>. Después de ese acto de voluntad del legislador, aún requiere y estima necesario, que éste, además, manifieste la ley e intime con ella a los súbditos<sup>182</sup>.

De ese modo, resulta predominante en la ley su carácter de *precepto de carácter obligatorio, impuesto por la voluntad del legislador a la voluntad de sus súbditos*.

Suárez analiza, además, las diversas tesis que respectivamente habían sostenido que la ley es: un acto del entendimiento (Santo Tomás, Tomás de Vio, Soto, etc.)<sup>183</sup>, de la voluntad (Biel, Mayr, Medina, Alfonso de Castro, y él mismo)<sup>184</sup> o de aquél y de ésta sin necesidad de formar una unidad perfecta (tesis atribuida a Gregorio de Rimini)<sup>185</sup>. Suárez argumenta decididamente en favor de la tesis voluntarista, fundamentalmente porque la ley: *ordena, mueve y aplica al súbdito a la ejecución de la acción o la omisión; tiene fuerza de obligar; es acto de jurisdicción y de poder superior en el legislador, que quiere obligar al inferior a hacer esto o*

180. *Ibid.*, 6 y 7.

181. *Ibid.*, 8.

182. *Ibid.*, 12.

183. *Ibid.*, 1, 5, 1-7.

184. *Ibid.*, 1, 5, 8-19.

185. *Ibid.*, 1, 5, 20-23.



aquello; y es *regla próxima* para la *voluntad de los súbditos*, procedente de modo inmediato de la ley exterior<sup>186</sup>.

Este predominio en la ley de su carácter volitivo y de su consideración como precepto intimatorio, tiene necesariamente repercusión en su interpretación y en la manera de operar la analogía y la equidad. En efecto:

La interpretación consiste –según Suárez– ya no en inteligir la *mens* y la *ratio legis* y explicar la justicia de los hechos, sino únicamente en hallar, a través del significado de los *verba* de la ley, cuál es la «*intentio seu mentibus legislatoris*», determinante de su *voluntas*, poniendo así al intérprete en relación intersubjetiva con el legislador<sup>187</sup>. En esta relación entre intérprete y legislador, el vehículo de comunicación lo constituyen –según Suárez– prevalentemente los *verba*, las palabras de la misma o de otra ley, como signos de su voluntad auténtica, no siendo de estimar *ratio* alguna –*legis* o *iuris*– entendida como explicación intelectual conforme la razón o finalidad objetiva de las cosas o hechos a los que responde la norma, desapareciendo así la mediación óptica de las cosas, como ya había ocurrido con Ockam<sup>188</sup>. Tan solo admite que entre en acción la razón superior de la ley natural en los únicos casos en que la voluntad del legislador fuere contraria a esta ley natural –no bastando que falle negativamente cuando no sea contraria– o en que la ley resulte inhumana. Es decir, si bien, en el primer caso, la contradicción plena actúa como condición *sine qua non* de la validez de la ley, en cambio, sus fallos negativos respecto de ella no condicionan *per quas* su interpretación, fuera del caso en que su *ratio iuris* tenga una expresión legislativa escrita que resulte determinante de modo intrínseco y completo<sup>189</sup>. En esto Suárez viene a seguir a Duns Escoto tanto en cuanto a la relación entre

186. *Ibid.*, 11-15 y 24-25.

187. Cfr. *Parte sistemática*, cit. 114 A y B, pp. 601-609.

188. MICHEL BASTIT, op. cit., cap. IX, pp. 261 y ss., muestra esa consecuencia interpretativa claramente producida en GUILLERMO DE OCKHAM.

189. Cfr. *Parte sistemática* 115, pp. 605-615.

razón y voluntad<sup>190</sup> como en la sustitución, para determinar lo justo, del *medium rei* por el «advenimiento de una ley uniforme incapaz por sí misma de precisar exactamente los complejos contornos de la realidad»<sup>191</sup>. De ese modo, se apartó de la manera común de operar interpretativamente de los juristas castellanos de su época, todos ellos seguidores fieles del *mos italicus*<sup>192</sup>.

En la analogía, la concepción voluntarista de la ley que tuvo Suárez, le llevó a tomar por punto de partida la consideración de que no es preciso dar una disposición igual para todos los casos semejantes<sup>193</sup>; y le hizo distinguir la *aequalitatem*, que —dijo— algunos denominan *similitudinem*, y la *identitatem*. Partiendo de esa distinción, concluyó<sup>194</sup> «que la sola semejanza de la razón por equiparación o equivalencia, pero sin identidad, no basta para que la norma de una ley dada para un caso se extienda a otro semejante», porque «el vínculo que expresa una ley es más fuerte que la sólo razón de semejanza con otra ley». Ahí asoma una raíz ockhamiana; puesto que en la exégesis del nominalista inglés, ante una situación ambigua, como ha observado Bastit<sup>195</sup>, se tiende a preferir la uniformidad de soluciones conforme el texto de la ley a la modulación de lo que es semejante con referencia a la cosa.

La equidad o epiqueya, según Santo Tomás, resulta de que en las leyes que sean conclusiones del derecho natural lo justo *ex ipsa natura rei* debe prevalecer en todo caso concreto sobre su texto escrito; en cambio, según Francisco Suárez, esa prevalencia sólo debe tener lugar en aquellos casos concretos en los cuales la

190. Cfr. H. WELZEL, op. cit., II, 3, p. 183.

191. Cfr. BASTIT, op. cit. cap. VIII, p. 229 in fine y s. y 239 y s.

192. Cfr. *Parte sistemática*, 116, pp. 616, y ss.

193. *Ibid.*, 179, pp. 935 y s.

194. F. SUÁREZ, *De legibus*, 6, 3, 1-8.

195. M. BASTIT, op. cit., cap. X, p. 293. El mismo BASTIT, cap. XII, pp. 353 y 356 observa que SUÁREZ, por su rechazo de la finalidad real basada en la naturaleza de las cosas, no puede atender a la *analogía de proporcionalidad* o de *participación*, por identidad de *ratio* objetiva, y se atiene a la *analogía de atribución* legal.

ley falle de una manera contraria –no bastando que sólo falle negativamente– o bien en aquéllos en que lo mandado resulte malo o excesivamente duro. Estos son los únicos supuestos en que estimó corregible por equidad la aplicación de la ley<sup>196</sup>. La epiqueya suareciana, al no fundarse en la naturaleza de las cosas como la aristotélica y la tomista, acude para apoyarse únicamente en la voluntad del legislador, entendiendo que éste puede dispensar de modo particular lo ordenado de modo general<sup>197</sup>, o bien, si la voluntad divina, mostrada en la ley natural, resulta contraria a la ley humana positiva en los casos en que su aplicación le resulte contraria o inhumana.

Michel Bastit<sup>198</sup> explica que, según Suárez, la ley aparece como la manifestación exterior de la voluntad del legislador, formada en su mente por un juicio intelectual que mueve su voluntad, y de ahí su calidad de precepto, signo de su voluntad a la cuál deben someter los súbditos la suya. Por ello, advierte: «Habiendo rechazado a la inteligencia la posibilidad de captar en el objeto [o sea, en las cosas] una justicia intrínseca capaz de decidir su obrar a la voluntad, ésta no puede desarrollarse sino por sí misma. Aunque, al parecer, trata Suárez de evitar las consecuencias extremas de esa tesis, precisando cuál es el objeto de esa voluntad [del legislador, se entiende], no concede a los súbditos medios suficientes para su indagación».

Ciertamente es así, porque no le permite al intérprete que busque la razón de la norma a través de las cosas, ya que Suárez excluye toda referencia que el intérprete pueda efectuar a cualquier relación directa entre las palabras y las cosas; puesto que le somete a lo establecido en la ley por la voluntad del soberano. De ese modo, descuida la cosa del texto o sea su contexto extranormativo,

196. Cfr. *Parte sistemática*, 286, pp. 1511-1516.

197. Cfr. BASTIT, cap. XII, p. 355. Dice SUÁREZ, *De legibus* 1, 2, 6 *in fine*, «quia lex constituit aequitatem, vel est mensura et regula eius».

198. M. BASTIT, cap. XI, p. 317 *in fine* y s.

de que hablan los hermenéutas actuales<sup>199</sup>, como medio para poner la norma en relación con el hecho del caso<sup>200</sup>.

Su definición de la ley, como precepto dispuesto por la voluntad del legislador e impositivo de una obligación a los súbditos, la matiza Suárez señalándole una serie de características. Conviene examinarlas para observar en ellas cuales son las diferencias que resultan con respecto de la concepción de Santo Tomás de Aquino.

Siguiendo el orden en que las examina el propio Doctor Eximio, esas características son las siguientes:

1ª. Que es *un precepto común, impuesto a una comunidad de hombres perfecta*<sup>201</sup>. Parte Suárez de que la ley debe darse para hombres, porque no siendo las criaturas inferiores capaces de actos morales tampoco lo son de ley propiamente dicha<sup>202</sup>. Presupuesto esto, descende a contemplar la disputa de los autores acerca de si sólo cabe ley para gobernar una comunidad de hombres o si también es posible para una sola persona<sup>203</sup>.

Su opinión es que la ley es un precepto común —*praeceptum commune*—; esto es, impuesto a una comunidad o multitud de hombres —*id est communitati, seu multitudine hominum impositi*—<sup>204</sup>. Se prueba esto —dice— primero, por inducción, por ser dadas para comunidades las leyes eterna, natural y divina positiva antigua y nueva, tanto en conjunto como en cada uno de sus preceptos, que se dan siempre de una manera general y por una razón común<sup>205</sup>, así como también las del derecho civil [aquí olvida que el *Digesto*, al que expresamente cita, recoge *responsae* de jurisconsultos; es decir, *iura* referidos a los casos consultados, y no *leges*] y del canónico, e invoca textos de Aristóteles, Santo

199. Cfr. *Parte sistemática*, cit, 95, b, pp. 486-489 y 193, b, p. 1022.

200. *Ibid.*, 184, pp. 971-976.

201. F. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 6, 1-24.

202. *Ibid.*, 1.

203. *Ibid.*, 2-7.

204. *Ibid.*, 8.

205. *Ibid.*, 9.



Tomás y Platón de los que deduce igual característica<sup>206</sup>. Insiste con otros argumentos<sup>207</sup> y responde a los aducidos por la teoría contraria<sup>208</sup>. Indica que las leyes personales, o leyes de privilegios, son personales por la utilidad próxima que pretenden; no obstante lo cual –advierte– siempre miran de alguna manera a la comunidad<sup>209</sup>. Sin embargo –concluye– precepto no es lo mismo que ley; pues, aun cuando toda ley es precepto, no todo precepto es ley, porque para serlo debe reunir, entre otras condiciones, la de ser precepto común, «*praeceptum communen*», en el sentido por él explicado, y no mandato particular «*privato mandatum*»<sup>210</sup>.

Creo que Suárez en sus argumentaciones incide repetidamente en peticiones de principio. Pero no vamos a entrar en esto, pues pienso que solo interesa aquí lo que él entendía por comunidad y observar el alcance que da al requisito, que adiciona, de que se trate de una comunidad perfecta.

A la primera cuestión, responde, ante todo, reconociendo que la ley indica una relación preceptiva con cada una de las personas integrantes de la comunidad a la cual se dirige en cuanto son partes de ésta, a las cuales se impone la ley como norma de conducta –«*legem dicere respectum ad singulares personas, ut sunt partes communitatis, cui lex, imponitur tanquam regula operandi*»–; que no se llama común porque necesariamente deba imponerse a una comunidad como cuerpo místico –*corpus mysticum*– sino porque debe proponerse en general para que pueda alcanzar a todos y cada uno según lo pida la materia –«*ut regulam personarum verarum et non tantum fictarum*»; y porque se impone «*non collective sed distributive*»<sup>211</sup>.

206. *Ibid.*, 10.

207. *Ibid.*, 11-12.

208. *Ibid.*, 13-14.

209. *Ibid.*, 15.

210. *Ibid.*, 16.

211. *Ibid.*, 17.

Aquí parece evidente que Suárez no supera el nominalismo, puesto que, entre la reducción de la comunidad a una multitud –*comunitate seu multitudine hominis*, recordamos que él así lo ha dicho expresamente<sup>212</sup>– y su consideración a un cuerpo místico o persona que parece hipostasiarse, no admite que pueda existir una persona jurídica real que no absorba a sus miembros y consista sencillamente en una consideración común del conjunto, o sea como modo de considerar el aspecto de unidad real que muestra el conjunto sin perjuicio de la pluralidad de sus componentes. Asimismo, parece muy claro que Suárez tampoco diferencia la justicia general o legal y la justicia distributiva, que nítidamente fueron distinguidas por Santo Tomás de Aquino –al decir que «pertenece a la justicia legal ordenar al bien común las cosas que son de las personas privadas» y que, «al contrario, ordenar el bien común a las personas particulares por medio de la distribución es propio de la justicia particular»<sup>213</sup>.

Como ha advertido Bastit<sup>214</sup>, en Suárez se observa, en primer lugar, «su voluntad de no hipostasiar la realidad política por temor de constituir una realidad abstracta situada más allá de sus miembros a imagen del universal escotista. Pero, ante esto, como Suárez no alcanza a concebir la posibilidad de mantener a la vez la realidad propia de la comunidad, en su dimensión universal, y su encarnación en los individuos, se inclina por destruir la realidad de la comunidad»; y, en segundo lugar, consecuentemente, Suárez «confunde la justicia general y la justicia distributiva». En efecto: «Puesto que la ley no se refiere a la comunidad como tal, desaparece la justicia general, que es relación específica de los individuos a la comunidad; y, como Santo Tomás había mostrado que también corresponde al legislador la función distributiva, concluye algo precipitadamente Suárez que el sólo objeto de la ley es la distribución. A través de su forma general el mandato de la

212. *Ibid.*, 8.

213. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 61, 1, *ad* 4.

214. BASTIT, *op. cit.*, cap. XI, pp. 320 y s.

ley se dirige únicamente a los individuos. Se ve, entonces, que, en la doctrina suarista, la ley se dirige al bien común en el sentido de que es una proposición general y abstracta, pero esta visión es ficticia puesto que ella no atañe sino a los individuos, los cuales constituyen su propio objeto.

»El legislador utiliza una proposición universal porque le resulta cómoda; pero, verdaderamente con ella sólo dirige mandatos particulares, y asimismo la parte de la justicia particular que le es propia (la justicia distributiva) se erige en expresión exclusiva de la justicia general, o mejor dicho esta última es reducida a ser un objeto abstracto». Luego veremos mejor que ciertamente es así al examinar lo que entiende Francisco Suárez por bien común.

El último requisito que Francisco Suárez pone para que una comunidad sea susceptible de ley, es el de que sea perfecta, en el sentido de que sea una comunidad susceptible de gobierno político, «*quae est capax politica gubernationes*»<sup>215</sup>; pero, enseguida, muestra que esa cualidad es relativa, al decir: que con mayor razón será comunidad perfecta el reino y cualquier otra congregación y comunidad superior de la cual forme parte la ciudad; pero que esta última comunidad puede ser perfecta en sí misma, si bien al formar parte de otra es imperfecta en este aspecto, aunque no en absoluto sino en comparación con esta otra —«*non absolute, sed comparete, seu respective*». Así dice que también pueden ser comunidades perfectas, un instituto religioso, una cofradía, etc., si tienen un gobierno y una unión moral perfecta —«*si perfectem regimem et moralem unionem habeat*». Por otra parte, únicamente considera comunidad imperfecta, no sólo relativa sino absolutamente, a la familia o casa particular, «*privata domus*»<sup>216</sup>.

El carácter de cuerpo político o comunidad perfecta, según Suárez, requiere que en la comunidad exista verdadera jurisdicción dotada de fuerza coactiva que dicte las leyes; «*gubernatum per*

215. F. SUÁREZ, cap. últ. cit., 19.

216. *Ibid.*, 20.

*propriam iurisdictionem habentem vim coactivam, quae est legislativa*». Razón por la cual –dice– al precepto impuesto puede denominársele «precepto común, o sea ley» –«*ita praeceptum illi impositum potest simpliciter dici praeceptum commune, ergo et lex*»<sup>217</sup>.

Después de tratar de hallar respaldo en lo que dijeron Aristóteles y Santo Tomás<sup>218</sup> [cuestión en la que no creo preciso entrar aquí], recoge la objeción que cuestiona si, en una comunidad perfecta, se puede dar una ley propiamente dicha sólo para una parte de ella<sup>219</sup>. Suárez lo cree así, entendiendo que no es *de ratione legis* «*ut pro tota communitate feratur totaliter, ut sic dicam, quia in parte eius potest esse sufficiens communiter, et fundamentum sufficiens ad perpetuitatem legis, et ut procedat ex iurisdictione politica, et immediate pertinente ad communem gubernationem*». Lo cual cree que puede suceder: primero, si la ley se da precisamente para tal cargo u oficio, de forma que abarque a tal clase de artesanos y no a las otras personas; segundo, si se da para las personas de tal clase o condición, como plebeyos o nobles, descendientes de judíos, mahometanos conversos, o similares; tercero, si se dispone para los que habitan una parte o barrio de la ciudad y no para los otros<sup>220</sup>.

2ª *Que se dé para el bien común*. No duda F. Suárez de que este carácter es esencial en la ley<sup>221</sup>; pero lo que aquí interesa es observar si por bien común entiende lo mismo que con su realismo entendía Santo Tomás de Aquino, dado que acabamos de ver que los conceptos que el Doctor Eximio muestra de comunidad y de justicia general, confundiendo ésta con la distributiva, parecen

217. *Ibid.*, 21.

218. *Ibid.*, 22. Nótese que la cita que hace de *Santo Tomás* es de sus *Comentarios a las sentencias*, obra juvenil, y no la *Suma Teológica* de su madurez.

219. *Ibid.*, 23.

220. *Ibid.*, 24.

221. *Ibid.*, 1, 3, 1-5.



afectados por el nominalismo. Para observar cuál es el significado que él asigna a la expresión «bien común», creo que en sus respuestas, que da a las objeciones objeto de su consideración, nos ofrece datos que parecen suficientes.

La primera objeción opone<sup>222</sup> que la ley útil para un reino suele ser nociva para otro y, dentro de un mismo reino, puede suceder así entre las distintas ciudades; que la ley al regular la prescripción puede dar a uno la propiedad y quitársela a otro, y muchas veces lo que parece útil para la comunidad es gravoso y molesto para muchas personas particulares. En su respuesta, comienza Suárez por diferenciar un doble bien común de la república: uno que es de toda la comunidad, y otro que de modo inmediato se refiere a los bienes de las personas privadas y sólo secundariamente y casi por redundancia, redundando en el bien común de la comunidad. Sin embargo —concluye<sup>223</sup>— la razón por la cual la ley versa sobre ambas materias es siempre el bien común que, por consiguiente, es el que debe buscarse primeramente.

La segunda objeción, a la que Suárez se enfrenta, parte<sup>224</sup> que la materia de la ley debe ser útil y conveniente al bien común por sí misma, y no por la intención del legislador, que puede variar por lo que no depende de ella la ciencia de la ley.

Suárez, a la primera parte de esas objeciones responde: «*et ex hac etiam parte respicere bonum commune communitate, ut sic dicam, universalitatis quia, scilicet, bonum illud in multis reperitur*»<sup>225</sup>. Es decir, entiende que se dirigen al bien común porque éste «se encuentra en muchos». Y a la segunda parte de las objeciones responde<sup>226</sup> que es condición de las cosas humanas que no haya uniformidad en todo, y que, por eso, ordinariamente sucede que lo conveniente a la comunidad causa perjuicio a uno u a

222. *Ibid.*, 6.

223. *Ibid.*, 8.

224. *Ibid.*, 9.

225. *Ibid.*, 10.

226. *Ibid.*, 14.

otro. Cuando así ocurre: «*Commune bonum praefertur privato, quando simul esse non possunt, ideo leges simpliciter feruntur pro bono communi, et ad particularia non attendunt*». Es decir, Suárez entiende que existe una dialéctica entre el bien común y el bien particular, dialéctica que él mismo muestra al decir que, cuando varias comunidades forman parte de un mismo reino o cuerpo político, el bien común de cada parte se somete al de la comunidad total, para la cual de suyo y primariamente se dan las leyes. Ante esto, propone se procure que los perjuicios particulares no sean tantos que preponderen sobre las ventajas de los demás; y, además, que cabe, en caso de ser necesario, que se añada una dispensa o excepción que, en algunos eventos, puede ser lícita e incluso obligada.

Conviene observar en que en estos textos parece que Suárez considera el bien de la comunidad, a veces como el bien de esta como persona mística, al modo de Duns Escoto, y otras como multitud de hombres en la que el bien de los más se impone al de los menos, sin perjuicio de que el legislador establezca excepciones o dispensas para los que resulten excesivamente perjudicados, o bien, para compensar en los casos de que lo bueno para unos sea malo para los otros. Esto no es concebible en el concepto de bien común expuesto por Santo Tomás de Aquino, interpretando a Aristóteles, al entender que el bien común corresponde al *fin común* de la comunidad<sup>227</sup>.

El Aquinatense al explicar que la comunidad civil es la más perfecta de todas las comunidades, concluía<sup>228</sup>: «*quia ea quae in usum hominis veniunt ordinatur ad hominem si aut ad finem qui est, principalior his quae sunt ad finem ideo necesse est quod hoc totum quod est civitas sit principalius omnibus totis, quae rationi*

227. Cfr. lo que expuse en *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, 28, en op. y vol. cits., pp. 747 y ss., en rel. con 26 y 27, pp. 743-747.

228. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Comentarios a la Política de ARISTÓTELES*, proemio 4.

*cognosci et constitui possunt*». El bien de la comunidad civil corresponde al fin común de todas las comunidades y personas que le integran. Según dice el propio Doctor común<sup>229</sup>: «no hay unidad entre el bien propio y el bien común. Los seres se diversifican bajo el ángulo de sus bienes propios; se unen bajo el ángulo del bien común. Ahora bien, a efectos distintos corresponden diferentes causas. Es, pues, preciso que, además de lo que mueve al bien propio de cada uno haya algo que mueva al bien común de la multitud. Por eso, en todas las cosas ordenadas a un todo existe un principio rector».

Sin embargo, esos bienes no se contraponen, como expone el mismo Santo Tomás<sup>230</sup> al decir que «quien busca el bien común de la multitud también busca de un modo consiguiente el bien particular suyo»; primeramente porque «el bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad, de la patria»; y, en segundo lugar, porque «la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo», pues, «como dijo San Agustín, *Confesiones*, 3, 8: "es deforme la parte que no está en armonía con el todo"».

Así una perspectiva general que abarque tanto el bien común como el de las partes y su correlación no puede sufrir aporías, pues el bien y la salud del todo requiere el bien y la salud de las partes y, viceversa, el bien y la salud de las partes requiere el bien y la salud del todo. Pero Suárez no puede comprenderlo por la misma razón por la cual antes hemos visto que confunde la justicia general –que ordena las partes al todo– con la justicia distributiva que ordena el todo a las partes.

Teófilo Urdanoz<sup>231</sup> ha advertido que la sociedad política «se superestructura sobre otras sociedades inferiores y naturales, al

229. *Ibid.*, *De regimine principum* 1, 2.

230. *Ibid.*, *S. Th.* 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 47, 10, *ad* 2.

231. TEÓFILO URDANOZ, *El bien común según Santo Tomás*, 2, Apéndice II al vol VIII, de la *Suma Teológica* de SANTO TOMÁS, BAC, 1956, p. 778.

menos genéricamente, como familias, municipios, sindicatos, etc., a las que la sociedad civil viene a completar. Por lo mismo, debe respetar las ordenaciones de los individuos a esos bienes comunes inferiores, con los derechos naturales inherentes a los mismos, a la vida familiar, de asociación, etc. La ordenación, pues, de los individuos al bien común social no significa la absorción de todas las actividades, sino el respeto para esas primeras sociedades –las cuales ya limitan así el poder del Estado– y la *función supletoria y perfectiva* de las mismas. Es el llamado *principio de subsidiariedad*».

«El Estado –dijo Eustaquio Galán<sup>232</sup>, concretando la posición del Aquinatense– es unidad, pero no unidad absoluta, sino *secundum quid*; es unidad de orden, *unitas ordinis*»; y «si bien tiene un ser», «no le corresponde un ser sustancial diferente de las sustancias individuales de naturaleza racional que entran en su composición; no es *res naturae*, no es sustancia sino relación»...«la vida y la existencia del hombre individual es siempre e indeclinablemente un modo de ser, vivir y existir en comunidad política, pues cuando el Estado falta, la existencia del hombre se desnaturaliza, se hunde en lo subhumano, en lo animal».

Esto delimita también el *secundum quid* de toda comunidad política, que lo es con referencia al *fin común* que constituye el *bien común* de ella, sin absorber el bien particular de las comunidades menos amplias y de los individuos que las integran<sup>233</sup>.

F. Suárez, dada su concepción voluntarista de la sociedad política, tocada de nominalismo en cuando no advierte su realidad

232. EUSTAQUIO GALÁN GUTIÉRREZ, *Ius naturae*, vol II, Madrid, 1961, cap. VIII, p. 325.

233. He expuesto la concepción que, conforme esta pauta, tengo del bien común en: *El bien común pauta de la justicia general o social*, en R.E.P. 1953-1954, mayo-agosto 1967, pp. 43-64, o en *Algo sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro 1972, pp. 109-127; *El bien común pauta del derecho*, en «México, problemas y soluciones (Memoria de la asamblea extraordinaria de la COPARMEX) México 1982 pp. y Rivista Rosminiana LXXXVIII-II, abril-junio 1984, pp. 130-146.



y la del bien común *secundum quid*, no alcanza la finalidad objetiva de la ley. Michel Bastit<sup>234</sup> advierte que, al ser así, la concepción suarista del bien común muestra las mismas tensiones que recorren su pensamiento: «la expresión aparece fiel a Santo Tomás, pero el análisis del contenido muestra que Suárez no consigue conciliar lo universal y lo particular de la ley, sino por una oscilación reductriz del uno al otro, al capricho de su dialéctica, sin lograr la determinación de un orden entre ellos».

Poniendo esos análisis en relación con la doctrina suarista acerca del origen de la sociedad, el mismo Bastit observa el hecho que estima «manifiesto de que Suárez abandona la noción aristotélica del carácter natural de la ciudad en provecho de una constitución genética. Los hombres reunidos convienen un tratado o un pacto por el cual constituyen voluntariamente una comunidad, señalándose un objetivo común (*De legibus*, 1, 6, 19). Ahí es, sin duda, donde se descubre la noción susceptible de realizar la unidad del pensamiento suarista en cuanto al bien común: puesto que la comunidad es obra de la voluntad de los individuos, carece de verdadera consistencia propia; pero, también por esta razón, ese bien puede ser considerado como una abstracción independiente de la realidad de la ciudad, y el carácter voluntario de su creación hace que sea, a la par, obra de los individuos y producto artificial sin ligamen con las condiciones concretas que debieran haberse impuesto a ellos».

Ante las reflexiones que a este respecto hace Suárez, cree Bastit que «procede interrogarse acerca de la aptitud del bien común», según aquél lo entiende, «para constituir la finalidad objetiva de la ley»; y observa que, «sin duda alguna, Suárez afirma esta objetividad, y rechaza expresamente la idea de que responda a una finalidad subjetiva basada en la voluntad de legislador (*De legibus* 1, 7, 8)». Pero añade que no se puede evitar sentir dudas «acerca de la consistencia de este bien común desprendido, en cierto

234. M. BASTIT, cap. ult. cit. pp. 321 y s.

sentido, de los sujetos que constituyen la comunidad y dispersado según la diversidad de esos sujetos, que la componen, para darles por participación y por redundancia, una parte de ese bien común (*De legibus* 1, 7, 7), mientras que para Santo Tomás el bien común es bien de cada parte» [a la par que el del todo].

Tanto más duda siente Bastit acerca de «la capacidad de los análisis suaristas para hacer una verdadera realidad del bien común susceptible de ser una medida y el fin de la comunidad»; y más bien cree que, según Suárez, «ocurre lo contrario porque la ley es mandato que debe ser obra del poder político (*De legibus*, 1, 7, 5).

»El bien común parece que sigue siendo uno de los caracteres de la ley, pero, más que una verdadera finalidad ontológica, se trata para Suárez de un polo funcional. Resulta entonces que las leyes no se hallan religadas entre sí por su fin, sino por la jerarquía de sus causas eficientes respectivas, recibiendo cada una la capacidad de legislar del poder que le es superior. De ahí que se haga sentir el peso de la concepción de esa ordenación de las leyes, y, que se restrinja el de la jerarquía de participación en una misma *ratio* (*De legibus* 1, 6, 21-22)». Ciertamente, en estos citados textos, muestra Suárez que, para él, la comunidad perfecta se «gobierna por una verdadera jurisdicción, dotada de fuerza coactiva, que legisla»<sup>235</sup>; y, en cambio, no alude a la *ratio* común objetiva de cada comunidad.

Por esto, Bastit<sup>236</sup> puede decir: «Si, en esa concepción la estructura que resulta finalizada por la ley puede constituir una especie de identidad funcional, no puede en cambio constituir un fin que verdaderamente trascienda a su objeto y que, por ello, sea susceptible, de asegurar [un orden sustantivo] que sobrepase el orden formal. Por ello, la referencia que Suárez hace al bien común parece limitada a significar la estructura inmanente de la ley más que a referirse a una realidad situada más allá de ella, por la cual

235. SUÁREZ, op. cit., 1, 6, 21, vers. *Prior pars probatur*.

236. BASTIT, loc. ult. cit., pp. 322 y ss.

ésta debería ser mensurada. En ese sentido, testimonia firmemente que es así al disolver el bien común en la justicia distributiva» [con olvido de la justicia general, como hemos visto].

«No puede, pues, extrañar —comenta— el razonamiento adoptado por Suárez para justificar el dato de que la ley depende del titular del poder político. No se trata, para él, de desarrollar la idea de que ese poder está al servicio del bien común; porque, según él, el verdadero fin de la ley solamente puede ser aprehendido por su causa eficiente. Es, pues, en realidad, la presencia y el papel del poder político lo que permite captar el fin de la ley: porque el poder quiere en aras del bien común es por lo que éste existe, y no porque exista un bien común al que deba servir el poder». Por ello —como hemos recordado<sup>237</sup>—, al inteligir una ley no busca Suárez sino la *mens et voluntas legislatoris*, y no el sentido que es indicado por la *ratio* objetiva del texto de la ley, según la cosa a que se refiere su texto.

3ª *Qué se mande por quien tenga poder soberano de jurisdicción*. El capítulo que dedica a esta cuestión lo comienza Suárez diciendo<sup>238</sup> que, antes, ha tratado de la causa final de la ley y que, ahí, tratará, tal como hace, de su causa eficiente. Lo cierto es que, como acabamos de ver, él considera como causa final el bien común pero sin alcanzar su ontología real, sino que la sustituye por la consideración de que el legislador debe atender al bien común y que, con sus leyes, cuida de él. Así, en realidad, la causa final es prácticamente absorbida por la causa eficiente, en la cual presuntamente *prima facie* subsume la final.

No puede omitir Suárez —y por eso lo advierte<sup>239</sup>— que el *Digesto* 1, 3, 1, recoge la definición descriptiva de ley expuesta por Papiniano, que en su enumeración incluye las respuestas de los prudentes —de los *virorum prudentem*—, y que Cicerón, en *De legibus*, 1, 19, considera la ley «*naturae vis, ex mens ratioque*

237. *Supra*, párrafo que lleva las notas 585 a 589.

238. SUÁREZ, op. cit., 1, 8, 1.

239. *Ibid.*, vers. *El confirmatur*.



*prudentis*» —es decir, la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del prudente—; pero, enseguida<sup>240</sup>, replica que la ley es un precepto impuesto por quien tiene poder de obligar —«*legem esse praeceptum ab eo impositum, qui vim habet cogendi*»— y que, por tanto, requiere que se dé por quien tenga potestad pública, «*publicam potestatem feratur*», e invoca a su favor a Santo Tomás.

Ciertamente éste, en la respuesta que aquél cita, dice<sup>241</sup> que legislar pertenece a la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de ésta; pero no se percata de que la definición de ley de la cual parte el Aquinatense —«*quaedam rationis ordinatio ad bonum communem, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»<sup>242</sup>— es muy diferente de la suya —que acabamos de recordar: «*praeceptum ab eo impositum, qui vim habet cogendi*». Si, sin duda, la definición de ley de Santo Tomás es menos amplia que las transcritas por Papiniano y Cicerón, la de Suárez dista mucho de ella y se queda mucho más corta, pues aún la reduce más al concebirla como un mandato coercitivo, con lo que deja fuera las leyes dispositivas. De ese modo, la función del legislador humano, según el Doctor común —de quien predica que debe seguir el consejo de sabios y prudentes<sup>243</sup>—, es muy diferente de la que le asigna el Doctor Eximio, de ser un mandato coactivo que corresponde a una potestad coercitiva, base de las leyes imperativas.

Coherentemente con su concepción, Suárez estima que es necesario<sup>244</sup> para legislar un poder de jurisdicción —poder sobre las personas— no bastando un poder dominativo —poder de algún modo sobre las cosas. En apoyo de esto efectúa varias citas, pero las hace sin discernir suficientemente cuál es el significado que sus autores asignan a la palabra ley. Así cita a Aristóteles, *Ética*, 10, 9;

240. *Ibid.*, 2.

241. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 90, 3, *resp.*

242. *Ibid.*, 4, *resp.*

243. *Ibid.*, 95, 1, *ad* 2.

244. SUÁREZ, cap. ult. cit., 3-7.



pero, precisamente, éste distingue<sup>245</sup>: de una parte, al hombre que en su vida tiende a lo que es noble y obedece a la razón, y al hombre vil, que solo aspira al placer y debe ser castigado con el dolor, como un animal de yugo; y, de otra parte, discierne que los legisladores deben: invitar y exhortar a la práctica de la virtud por amor del bien, en la seguridad que atenderán sus exhortaciones los que están adelantados en la formación de los buenos hábitos; además, imponer castigos y correcciones a los desobedientes y sin disposición natural para el bien; y desterrar a los incurablemente miserables.

Todavía exige Suárez que para dar leyes, además del poder de jurisdicción —que tienen los jueces que no pueden dar leyes—, es preciso que se tenga el *poder principal y superior* —«*potestatem supreman in suo ordine*»— que, en principio y por esencia, lo tiene Dios, pero, por cierta participación, se comunica a los reyes, según la medida de su poder, dentro de sus respectivos territorios<sup>246</sup>. También dice que en la Iglesia lo tiene el Pontífice y que los príncipes inferiores y subordinados lo tendrán en el grado en que se lo comunique quien sea su cabeza, según el cargo de cada uno<sup>247</sup>.

Frente a lo que dice el Aquinatense<sup>248</sup> acerca de la vigencia de la ley natural, Suárez responde<sup>249</sup> «que no basta sólo la rectitud o justicia de la acción prescrita por la ley para que una ley sea propiamente obligatoria, y, por eso, entiende que, aún cuando en la formación de las leyes es necesaria la prudencia y deben y suelen intervenir los consejos de los sabios; sin embargo, esos consejos no bastan si falta la voluntad de quien tenga poder, poder y voluntad de la cual la ley recibe la fuerza y el ser de ley». De ahí, concluye, que «cuando se dice que las leyes son determinaciones

245. ARISTÓTELES, *Ética*, 10, 9, 1180 a.

246. SUÁREZ, loc. ult. cit., 8.

247. *Ibid.*, 9.

248. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 96, 3, ad 1.

249. SUÁREZ, loc. ult. cit., 10.

de los sabios, o que son algo que consiste en la razón, o cosa semejante, esa denominación se toma de alguna propiedad muy necesaria, y quizá se puso para indicar su necesidad, pero no porque baste».

Así el concepto tradicional de ley se restringe doblemente: en cuanto debe dimanar de quien ostenta el poder de legislar, y en tanto la ley se estima fundamentalmente como mandato imperativo y coactivo del que dimana todo el derecho.

4ª *Que mande cosas justas*. Suárez, en este punto, diferencia la razón por la cual se da la justicia en las leyes divinas y en las humanas: «En las divinas es la razón, es la rectitud esencial de la voluntad divina, porque Dios es bueno en grado sumo y, por eso, no puede mandar nada malo»<sup>250</sup>. En las humanas, la justicia de ellas es determinante de que sean leyes, es decir, de que tengan valor y fuerza para obligar; y esta justicia dimana de que no sean contrarias a la ley natural o la divina positiva. Así, si la acción ordenada por la ley humana está prohibida por la ley divina –natural o positiva–, aquélla, como ley del inferior, no puede dispensar de la acción que impone el superior, por lo tanto no puede imponer la suya; y, consiguientemente, su ley acerca de tal acción no puede ser válida<sup>251</sup>.

Como vemos, aquí vuelve Suárez a mostrar su concepción, voluntarista como la de Duns Escoto, y determina la justicia de la ley humana por su no contraposición a la voluntad divina, ya esté ésta insita en la ley natural o bien expresada en la ley divina positiva. Como prueba cita expresamente el proverbio 8 de Salomón: «*Por mi reinan los reyes y los legisladores decretan cosas justas*».

Ese voluntarismo contrasta con la posición de Santo Tomás, que considera progresivamente asequible el conocimiento de la ley eterna en su reflejo en las cosas, en una parte indispensable para la

250. *Ibid.*, 1, 9, 3.

251. *Ibid.*, 4.

vida humana, y considera la ley natural como una participación del hombre entero en la ley eterna, que le permite diferenciar en los hechos lo bueno y lo malo, lo equitativo y lo inicuo, y, por el hábito de la *sindéresis*, alcanzar el conocimiento de los primeros principios de la ley natural<sup>252</sup>. En cambio, Suárez considera ésta como un haz de preceptos escritos por Dios en la mente humana<sup>253</sup>.

Con respecto a las leyes humanas, el *Aquinatense* distingue<sup>254</sup> aquellas que derivan de los principios comunes de la ley natural *per modum conclusionum* y aquellas otras que derivan *per viam determinationis*; estimando que los preceptos que derivan del primer modo «*habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali*» y los otros «*ex sola lege humana vigorem habent*».

Pero la conclusión producida en la primera clase de leyes no es silogística, como muestra el mismo Santo Tomás al advertir<sup>255</sup> «que los principios comunes de la ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos los hombres por la gran variedad de los asuntos humanos, y de aquí proviene la diversidad de las leyes positivas en los diversos pueblos». No se trata de una deducción lógica sino de una *concreción* —como hoy dice la doctrina alemana más esclarecida—, que se efectúa por mediación de las cosas, obteniéndose *ex ipsa natura rei* la justa determinación que corresponde a lo que se denomina derecho natural —como dice el mismo *Aquinatense*<sup>256</sup>—, al cual no puede oponerse la voluntad humana<sup>257</sup>. Es más —insiste, al tratar del juicio<sup>258</sup>— «así como la

252. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>, 86, 2, y 87, 3; 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 93, 2, *ad* 1, *ad* 2 y *ad* 3.

253. F. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 2, 6, vers *De inde illa descriptio*, cfr. lo que expliqué en *Perspectiva histórica*, 148, p. 439, texto correspondiente a la nota 156.

254. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 95, 2, *resp.*

255. *Ibid.*, *ad* 3.

256. *Ibid.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 2, *resp.*

257. *Ibid.*, *ad* 2.

258. *Ibid.*, 60, 5, *ad* 1.

ley escrita no da fuerza al derecho natural, tampoco puede disminuirla o quitársela, pues la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza».

En cambio —como hemos visto<sup>259</sup>—, Suárez relaciona de modo muy distinto la ley natural y la humana. De ahí que, al no acudir Suárez a la mediación de las cosas, el requisito de que la ley sea justa no tiene para él el mismo significado que tenía en Santo Tomás. Es por lo mismo que su recurso al bien común tiene otro distinto sentido y que la justicia general o legal queda privada de criterio objetivo y adquiere un sentido abstracto que —como hemos visto— subsume la distributiva<sup>260</sup>.

Bastit<sup>261</sup> ve muy claro que la concepción que tiene Suárez de la justicia de la ley no puede dejar de hallarse afectada por su voluntarismo, por la evidente dificultad que produce su concepción abstracta del bien común, incapaz tanto de suministrar a la mente del legislador indicaciones precisas como de dotar a la ley de una finalidad objetiva susceptible de atraer la voluntad de aquél. «La justicia de la ley humana ya no depende de su objeto (dice Suárez en *De legibus*, 1, 9 3-5, donde se religa expresamente a San Agustín). El poder del legislador le es conferido por el poder superior de Dios». Pero, nota que «fuera de aquello prohibido por la ley del superior, el legislador inferior se halla ante un campo de actos indiferentes», en el cual es bueno aquello que él manda. «La fuente de la justicia se halla en la jerarquía de poderes y no en su objeto. La cosa es evacuada». Así, Suárez, «en la misma medida en que su idea excluye un fin objetivo en la ley, ha sido conducido a trazar un sistema jerárquico de las leyes».

259. Cfr. *supra*, II, c, párrafos que llevan las notas 184 a 186 y 194-195.

260. Es cierto que SUÁREZ, en *De legibus*, 1, 9, 11, enumera la justicia legal, la conmutativa y la distributiva; y dice que a aquélla corresponde mirar por el bien común, pero —como acabamos de ver—, su noción de bien común pierde todo criterio real de objetividad.

261. BASTIT, cap. cit., pp. 324 y ss.



5ª *Que sea perpetua*. La perpetuidad de la ley, dice Suárez<sup>262</sup> que se divide en *anterior* –que solo existe plenamente en la ley eterna, y desde que existen las criaturas en la ley natural– y en *posterior*, que subdivide en *negativa* –que es la dada indefinidamente, sin perjuicio de que pueda ser revocada– y *positiva*, que se da para que dure siempre y nunca sea revocada.

En cuanto a la perpetuidad de la ley eterna, Suárez se aparta de Escoto, según quien «no hay ley eterna, eterno es el legislador»<sup>263</sup>. Frente a esa afirmación del Doctor Sutil, el Doctor Eximio proclama: «*Nam lex aeterna propie, ae simpliciter perpetua est, quia in se immutabilis est*»<sup>264</sup>.

También –sigue diciendo Suárez<sup>265</sup>–, «la ley natural puede llamarse perpetua absolutamente, porque tiene perpetuidad por parte de la mente en la que está escrita. E, igualmente, por parte del objeto incluye necesidad intrínseca, ya que prohíbe lo que es intrínsecamente malo y manda lo que es de suyo necesario, y lo que es necesario perpetuo es. Nada importa –añade– que el precepto natural obligue en unas circunstancias y en otras no, como sucede en todas las leyes afirmativas; porque el precepto siempre es el mismo y, en sí, siempre obliga, aunque no para cualquier caso; y ésto basta para que sea perpetua en cualquier caso».

En cuanto a la perpetuidad de la ley humana, señala que existe una opinión negativa y otra afirmativa<sup>266</sup>. Suárez se inclina por ésta, afirmado una triple perpetuidad de la ley: por parte de quien la da, por parte de los súbditos y por parte de la ley misma<sup>267</sup>. La primera consiste en que no desaparece la ley al desaparecer el legislador<sup>268</sup>; y, aunque recoge la objeción de que es axioma que el

262. SUÁREZ, 1, 10, 1.

263. Cfr. *Metodología de las leyes*, Madrid, EDERSA, 1991, 14, p. 29, texto de las notas 65 y 66, y *Perspectiva histórica*, 117, c, p. 330 y s.

264. SUÁREZ, cap. ult. cit., 2.

265. *Ibid.*, vers. *Deinde lex naturalis*.

266. *Ibid.*, 4-6.

267. *Ibid.*, 7.

268. *Ibid.*, 8-12.

mandato expira con la muerte del mandante, responde que esto es así en el mandato personal, no en la ley<sup>269</sup>. La segunda perpetuidad, referente a los súbditos a quienes se da, significa que obliga no sólo a los actuales sino a los venideros tan pronto entran a formar parte de la comunidad para la cual se ha dado la ley; entendiendo que es así: primero, porque la ley se da para velar por el futuro; segundo, porque se dispone directamente para la comunidad, que es perpetua, y tercero, porque quien nace en una comunidad nace sujeto a sus leyes<sup>270</sup>. En fin, la tercera perpetuidad, corresponde a la naturaleza de la ley, que, por darse para una comunidad, perdura mientras no se revoque —ya que «se da para el bien general, que también debe ser estable, y deriva de la ley natural, que es perpetua»— o «mientras la materia no cambie de tal forma que la ley resulte injusta»<sup>271</sup>

Contempla Suárez el argumento, opuesto por los defensores de la teoría negativa, de que San Isidoro de Sevilla y Santo Tomás de Aquino no señalaron explícitamente ese requisito entre las propiedades de la ley. Pero entiende que esa cualidad está implícita en las restantes exigidas por ambos y en el concepto de bien común; e, incluso, cree que Santo Tomás, en 1<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 95, 1, *resp.* y *ad* 2, y 95, 4, viene a estimar la ley como una norma permanente y estable<sup>272</sup>. Permanencia y estabilidad que son convenientes, sin duda, pero no parecen equivalentes a lo que Suárez entiende por perpetuidad.

A mi parecer, la razón por la cual el sabio jesuita granadino destaca la perpetuidad como requisito de la ley, se debe a su voluntarismo y a su rechazo de la mediación de las cosas para la determinación de lo que es derecho y para la consiguiente intelección de la ley determinante, en su caso, de la cesación de sus efectos. Entre los autores que siguieron el *mos italicus* estimaban

269. *Ibid.*, 13.

270. *Ibid.*, 14.

271. *Ibid.*, 15.

272. *Ibid.*, 17.

esto dependiente de su *ratio iuris*, que constituye su causa final, atendida la naturaleza de las cosas –así Tomás Mieres recogió: «*cesante causa legis cessat etiam lex*»<sup>273</sup> y «*ubi deficit interesse, ibi lex deficit*»<sup>274</sup>. Por el contrario, si bien Suárez<sup>275</sup> admite que la ley cesa por el cambio de la materia [notemos que se refiere a la «materia», no a la «naturaleza de las cosas»] limita esa extinción tan solo al caso de que el cambio sea tal que, a causa de él, la ley resulte injusta. Otra vez más, el Doctor Eximio toma la justicia de la ley como condición *sine qua non* de su validez, pero no estima que su adecuación a la razón conforme la naturaleza de las cosas actúe como condición *per quas* para su intelección y efectos consiguientes.

A Michel Bastit<sup>276</sup> le parece en extremo chocante –*etonante*– e interesante que Suárez haga emerger ese carácter de la ley, porque el voluntarismo suarista parece facilitar el cambio de las leyes. Como explicación posible observa que «la *ratio* no es considerada por Suárez como un orden inmanente intelegido por la razón, conforme la equivalencia entre *ordo rerum* y *ordo rationis* –expuesto claramente por Santo Tomás (*medium rei est medium rationis*)– sino como un orden *a priori* aplicado inmediatamente a las cosas. Así se desvela un nexo muy claro y profundo entre el racionalismo de Suárez y su voluntarismo, la certeza del cual aparece aún más clara con la lectura del capítulo del *De legibus* en el que trata de mostrar la perpetuidad de la ley».

Unas páginas después, Bastit<sup>277</sup> explica que la aseveración de Suárez acerca de que «la estabilidad de la comunidad se transmite a la ley, diferenciándola del precepto, es la consecuencia directa de la noción suarista del bien común, considerado como una noción abstracta, y no como un bien inmanente a la comunidad», sino

273. T. MIERES, *App.* II, X, VIII, 3, p. 374.

274. *Ibid.*, II, VI, IX, 3, p. 255.

275. SUÁREZ, cap. ult. cit., 15, vers. *Praeterea haec perpetuitas*, al final.

276. BASTIT, cap. ult. cit., pp. 326 y ss.

277. *Ibid.*, pp. 329 y s.

propiamente «como un orden que es impuesto, que no es descubierto en ella, sino constituido por la voluntad del legislador o tiene su origen en la de los súbditos. Se introduce, pues, un corte tajante entre el orden que se ubica en la línea de la causa formal, excluyente del cambio, de una parte, y los cambios resultantes de la materia, de otra».

Aunque Suárez no puede dejar de reconocer que en la comunidad se producen movimientos y variaciones, éstas son atribuidas —observa Bastit— «solamente a la materia, la causalidad de la cual juega un papel accidental. El devenir es excluido del fenómeno político y, por ende, del legislativo. El legislador deberá, indudablemente, tener en cuenta ese hecho, pero no para leer la evolución que la naturaleza produce, sino simplemente por razones de eficacia y necesidad. Los fenómenos jurídicos que tratan de tomar en cuenta el devenir —interpretación, costumbre, desuso— dejan de tener significación positiva y son concebidos como fatalidades que la voluntad del legislador, como fabricatriz de un orden estable, debe esforzarse en reconducir, en lugar de considerarlos como elementos de un fenómeno a la vez estable y dinámico, en el cual no se oponen finalidad y devenir como tampoco ser y devenir»<sup>278</sup>.

El propio Bastit añade que esa escisión, al nivel de la ley, recoge «la oposición entre un orden esencialista del ser, donde florece la metafísica suarista, y la diversidad existencial de los seres, que retoma otra vez la oposición entre intelecto y voluntad. Si el orden estable concebido de ese modo por Suárez es ante todo un orden de razón, como lo muestra la actitud de deducción a partir del orden natural [racional, no realista, recordémoslo], así mismo perpetuo, encargado de justificar finalmente la estabilidad de la ley

278. Acerca de la repercusión de su concepción del derecho y la ley en las demás fuentes de derecho, según resulta de lo mismo que expone SUÁREZ, cfr. lo que digo en *Perspectiva histórica*, 151, pp. 450-461; y en cuanto a su reflejo en la interpretación, lo que expongo en *Parte sistemática*, 113-113, pp. 591-616.



humana, la propia estabilidad de ese orden se traduce en voluntarismo profundo. La escisión entre la forma y la finalidad hace que la inteligencia del legislador sea la medida de una realidad única, en la que el devenir y el fin que lo provoca trascienden de las tentativas para captarlo. Por el contrario, eso permite, gracias a esta estabilidad de la ley, que la voluntad pretenda dominar la realidad. En efecto, de un lado, la estabilidad es impuesta fuera de la comprensión del devenir, sin tener en cuenta la realidad, porque puede ser deducida pura y simplemente: entonces la ley es un precepto, una orden que se manifiesta estática, que es impuesta a la realidad. Pero, de otra parte, para reintroducir el devenir es preciso el recurso a decisiones individualizadas, o temporales, o al mandato y al precepto, por el cual la voluntad particular y momentánea dispensa de la voluntad general y estable de la ley; una es una voluntad que tiende a la perpetuidad, y otra una voluntad que se considera efímera». Ambas, sin embargo, tienen por género común la cualidad de ser un acto de voluntad: «si bien la ley es estable, es ni más ni menos un precepto, un "precepto estable"».

6ª *Qué debe ser promulgada.* Esta característica consta expresamente en la definición general de la ley expresada por el Aquinatense<sup>279</sup>. F. Suárez trata de penetrar en el significado de ese dato contenido en la definición tomista de la ley, que ve así mismo expresada por otros autores, como Graciano y Alfonso de Castro, por el *Código* justiniano, por las *Decretales*, y observa<sup>280</sup> que ya se halla implícita en San Isidoro de Sevilla. Especialmente trata de determinar su significado, sus requisitos y formas en relación al sistema general de las leyes que toma como objeto principal de su *De legibus*. Notemos que este capítulo es uno de los escasísimos de su obra en que excepcionalmente aparece la expresión *ex natura rei*, refiriéndola a la naturaleza de la ley o a la naturaleza de la

279. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1ª-2ªe, 90, 4, *resp. in fine*.

280. F. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 11, 1-7.

promulgación, pero si la refiere a esas «cosas» es en su consideración como conceptos y no como realidades existenciales.

Conviene, ante todo, observar que la promulgación —como lúcidamente hace notar Bastit<sup>281</sup>— tiene distinto significado en la tradición realista expresada por Santo Tomás y en la tradición nominalista. Según el Aquinatense la promulgación «es esencialmente un acto por el cual se transmite un conocimiento» que es, ante todo, «el adquirido por el legislador considerando las cosas, y sólo secundariamente es el de un acto de la voluntad del legislador, que por lo demás es una parte de la realidad». En la tradición nominalista la promulgación es cosa muy diferente. Para ella: «No estando pensada la ley observando las cosas, no puede transmitir de por sí ese conocimiento», pues entiende que «las cosas son mudas»; por eso la promulgación transmite una voluntad que, «dada su interioridad», el legislador debe dar a conocer para poder exigir que obligue a ser obedecida.

Suárez explícitamente lo dice<sup>282</sup>: «Para que una ley quede plenamente constituída es preciso que tenga fuerza para obligar, ahora bien esta fuerza no la tiene hasta que se promulga»; y, por esto «*promulgatio est de ratione legis*» o, como dice dos capítulos después<sup>283</sup>: «*consilio non convenit: nam haec vox indicat ordinem ad obligationem inducendum propie promulgari*»; es decir, la voz promulgar indica que se ordena para imponer una obligación; por lo cual no es apropiada al consejo.

El mismo Suárez analiza los requisitos que la promulgación precisa para alcanzar la finalidad a la que obedece. Ante todo<sup>284</sup>: recoge de San Isidoro<sup>285</sup> que, en cuanto a las palabras, la ley debe ser «*manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat*»; es decir, manifiesta y clara, para que no pueda inducir a

281. BASTIT, cap. ult. cit., pp. 330 y s.

282. SUÁREZ, *De legibus*, 1, 11, 3.

283. *Ibid.*, 1, 12, 4, *in fine*.

284. *Ibid.*, 1, 11, 1, vers. *Hac enim conditio*.

285. SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, 2, 10, 6, y 5, 21.

error por su oscuridad; y, en segundo lugar, entiende Suárez<sup>286</sup> que ser manifiesta significa que debe ser expuesta públicamente para que pueda ser leída u oída por todos. Cualidad que cree implícita en el referido texto de San Isidoro, repetido dos veces, donde este santo dice que la ley también debe ser para provecho del bien común de los ciudadanos. Resultado que entiende Suárez no es posible si la ley no se promulga.

Además de estos dos requisitos, plantea Suárez otros problemas acerca de la promulgación de las leyes. El primero se refiere a si basta el conocimiento de la ley por el sujeto o si, además, es necesario que se efectúe su pública promulgación; y, a la inversa, si basta sólo ésta en caso de efectuarse de tal modo que su conocimiento pueda llegar a todos, o si es necesario el conocimiento por cada uno. Las respuestas que el Doctor Eximio<sup>287</sup> da son: la primera, que, conforme la naturaleza de la promulgación de la ley, en cuanto ésta es una norma pública para toda la comunidad, no basta que la ley se haya decretado y mandado publicarla, y por esa razón se conozca, sino que mientras no se promulgue —mediante «alguna presentación externa y sensible, realizada con tal publicidad y durante un tiempo tan prolongado que la ley pueda llegar a conocimiento de toda la comunidad», como ha dicho al principio del apartado— no obliga ni siquiera a quienes la conozcan privadamente. Y, a la segunda cuestión, responde que una vez promulgada la ley «ya de por sí obliga a todos aquellos a quienes puede llegar su conocimiento, no siendo necesario que se efectúe una intimación cuasi jurídica a cada uno».

Otra cuestión, planteada por Suárez<sup>288</sup>, es si la promulgación debe hacerse por escrito, como puede deducirse: de que San Isidoro<sup>289</sup> definió las leyes particulares como aquellas normas es-

286. SUÁREZ, loc. ult. cit., vers. *Secundo temen modo*.

287. *Ibid.*, cap. ult. cit., 6.

288. *Ibid.*, 8.

289. SAN ISIDORO, *Etimologías*, 5, 5. En 5, 3, 1, distingue ley y costumbre por el carácter escrito de aquélla.

critas conforme las cuales se gobierna la ciudad; de que Santo Tomás<sup>290</sup> dijo que la regla de prudencia que determina lo justo si se formula por escrito recibe el nombre de ley; de que Aristóteles<sup>291</sup> escribió que la ley es el común consenso que por escrito prescribe lo que debe hacerse; de que Cicerón<sup>292</sup> entendió que se llama popularmente ley la que por escrito sanciona órdenes o prohibiciones, y, finalmente, que Torquemada, citando éste a otros autores, afirmó que pertenece a la esencia de la ley que se escriba. La opinión de Suárez<sup>293</sup>, movida al parecer por su concepción general de la ley, es que «la escritura material y externa no pertenece a la esencia de la ley» y que «la palabra puede ser suficiente para intimar el precepto del superior, no sólo a una persona particular sino también a la comunidad, con tal de que la voz del pregonero lo publique suficientemente, que persevere después en la memoria de los hombres y que se conserve en la tradición».

Una tercera cuestión plantea aún Suárez<sup>294</sup>, acerca de si la ley requiere la aceptación de los súbditos. Cree que parece insinuarlo así Graciano, al decir que las leyes se establecen cuando se promulgan y se consolidan cuando las acepta la costumbre. La opinión de Doctor Eximio es que si alguna vez la ley requiere la aceptación del pueblo, se debe ya sea a que el poder del príncipe es imperfecto –por haberlo recibido con esta condición y dependencia– o bien a la benignidad del legislador, que no quiere hacer uso de todo su poder<sup>295</sup>. Este es un tema que, en este siglo,

290. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 57, 1, *ad* 2.

291. ARISTÓTELES, *Retórica*, 1, 10.

292. CICERÓN, *De legibus*, 1, 16, 19. Advirtamos, sin embargo que, seguidamente, dice que el principio constitutivo del derecho se toma de aquella ley fundamental que nació para todos los siglos, antes de que se escribiera ninguna ley.

293. SUÁREZ, cap. ult. cit., 9.

294. *Ibid.*, 7.

295. Aplica esa primera excepción en 3, 19, 9, *in fine*.



ha sido controvertido por Joaquín Costa<sup>296</sup> y del cual me he ocupado recientemente<sup>297</sup>.

Preocupado Suárez por la coherencia del sistema de leyes por él configurado, trató de aplicar su concepción de la promulgación a todas las clases de leyes. Ya hemos visto que, por ese motivo, no puso las formas escritas como requisito esencial para las leyes humanas. La ley eterna, además de restringirla a lo referente a los mandatos divinos dirigidos a las criaturas racionales, separándola del orden de la naturaleza no racional, consideró que no es cognoscible por los hombres; por lo cual, estimó que no puede obligar de hecho si no se promulga por otra ley divina, positiva o natural, o por una ley humana justa<sup>298</sup>. En cuanto a la ley natural, que también consideró cómo conjunto de mandatos imperativos de la voluntad de Dios, dice<sup>299</sup> que «la misma luz natural es de suyo una promulgación suficiente de la ley natural, no sólo porque manifiesta la intrínseca adaptación e inadaptación de los actos que la luz increada muestra, sino también porque intima al hombre»<sup>300</sup>.

Como insiste Bastit<sup>301</sup>, Suárez «cree poder afirmar que la promulgación tiene por razón la necesidad de obligar. Porque la ley es una regla y medida que un legislador impone, su voluntad debe por lo tanto ser conocida. Su exteriorización es el acto por el cual

296. JOAQUÍN COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el "status" individual, el referendum y la costumbre* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, Impr. San Francisco 1901, IV, pp. 60-63. A esta opinión dedique un apartado de mi discurso de ingreso en la misma Real Academia, *Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, 33, Madrid 1986, pp. 131 *in fine* y ss.

297. *Parte sistemática*, 167, c, pp. 875 y ss., y *Las teorías hermenéuticas de la recepción y la deconstrucción aplicadas al derecho*, I, c, en A.R.A.J. y L. 1996, pp. 193 y ss.

298. F. SUÁREZ, *De legibus*, 2, 4, 9 y 10.

299. F. SUÁREZ, *Ibid*, 2, 6, 24 vers. *Item hoc causa*.

300. Acerca del esfuerzo de SUÁREZ para adecuar las leyes eterna y natural a su concepción volitiva de la ley, cfr. lo que escribí en *Perspectiva histórica*, 147 y 148, pp. 431-441.

301. M. BASTIT, loc. ult. cit., pp. 332 y s.

puede ser conocida. Y debe ser conocida por los súbditos para poder exigir su obediencia a fin de que sea eficaz.

»Pone, pues, el acento en la eficacia del acto del legislador que obliga por la promulgación, al contrario de Santo Tomás, para quien la promulgación es lo que permite que la ley se aplique, no por el legislador sino por los ciudadanos.

»Más que para el conocimiento de una realidad indicativa del camino que puede seguirse, interesa [según Suarez] que el legislador haga saber su voluntad<sup>302</sup>. Por eso el acto de la publicación, el acto material por el cual es proclamada la voluntad, toma tanta importancia: el único modo de conocer lo que es preciso hacer consiste en referirse a la expresión de la voluntad legislativa».

Concluye el capítulo Bastit observando que, «desde cualquier lado que se aborde la noción suarista de la ley, siempre nos encontramos remitidos a tres elementos constitutivos; la voluntad, un fin que se confunde con la eficiencia, como consecuencia de la supresión del objeto [de la mediación de la cosa], y un orden de superior e inferior». Y, como explica en el siguiente capítulo<sup>303</sup>, el «corazón del sistema», que Suárez expone de las leyes, se halla en que, «por su rechazo de la finalidad real, no puede comprender la unidad ordenada del mundo en su diversidad. La conclusión consiste en dividir el universo en dos dominios, el de las cosas naturales donde reina la necesidad, es decir la fatalidad y la regularidad<sup>304</sup>, y el de los seres racionales, sometidos por obediencia a otra voluntad».

302. Advirtamos que, por el contrario, en el Prólogo de *Las Siete Partidas*, ALFONSO EL SABIO expuso que las había hecho para «conocer las cosas segund son e estremar el derecho del tuerto, e la mentira de la verdad, ca el que no supiere esto, no podrá fazer la justicia bien e cumplidamente, que es dar a cada uno lo que le conviene cumplidamente e lo que merece».

303. M. BASTIT, op. cit., cap. XII, p. 336.

304. Esta visión de las cosas naturales regidas por la fatalidad y la regularidad ha sido revisada a partir de los descubrimientos de la física cuántica y la biología genética; cfr. el breve resumen que expongo en *Metodología de*

d) Gabriel Vázquez de Belmonte<sup>305</sup>, jesuita como Francisco Suárez, pero implacable contradictor de su voluntarismo, acentuó por el contrario el racionalismo de Gregorio de Rimini, eliminando los últimos elementos subjetivos que todavía se encontraban en éste, no bastándole su distinción entre *lex imperans* y *lex indicans*<sup>306</sup>. Según el Belmontanus<sup>307</sup>, «antes de todo imperio, antes de toda voluntad, incluso antes de todo juicio, hay una regla de todas las acciones, que está insita en la naturaleza, así como ninguna cosa encierra en sí contradicción en la naturaleza, a la cual como regla y derecho natural le son adecuadas las buenas acciones; mientras le son disonantes y discordantes las malas y, por eso, se denominan aquéllas buenas y éstas malas».

Esa naturaleza, a la que Gabriel Vázquez se refiere<sup>308</sup>, no es la naturaleza de las cosas a lo que se refieren Aristóteles y Santo Tomás, sino la razón inherente a la naturaleza racional del hombre, aunque secundariamente pueda considerarse como existente en el espíritu, y, por eso, Dios nos la interpreta y prescribe. Como ha explicado Agustín de Asís<sup>309</sup> en la naturaleza de que, como fundamento del derecho natural, habla Gabriel Vázquez, priman las exigencias de la persona humana en abstracto.

las leyes 24, pp. 53 y s. y en *Metodología de la determinación de derecho II Parte sistemática*, 21, pp. 93 *in fine* y s.

305. Cfr. lo que acerca de él resumo en *Parte sistemática* 155, pp. 473-477.

306. Cfr. H. WELZEL, op. cit., II, 5, p. 120.

307. GABRIEL VÁZQUEZ, *Commentarium et dispositionum in primam secundae Sancti Tomae*, II, I, disp. 150, 3, 22-23.

308. *Ibid.*, II, I, 93, 3.

309. AGUSTÍN DE ASÍS, *Prólogo a la Relección de dominio* de DOMINGO DE SOTO, Universidad de Granada, 1966, p. XVIII, comentando lo que GABRIEL VÁZQUEZ dice en su op. cit. I, 157, 15.

Por eso, el Belmontano denomina al derecho natural *ius naturalis* y no *lex naturalis*<sup>310</sup>, reservando la denominación *lex* al derecho positivo divino y humano<sup>311</sup>.

Como nota Bastit, para Gabriel Vázquez la denominada ley eterna se halla en las ideas divinas<sup>312</sup> y la denominada ley natural es un orden de la razón que identifica con el fin natural conforme la razón<sup>313</sup>.

e) Fernando Vázquez de Menchaca, en términos generales y diferenciadamente, habla de derecho natural y de ley divina positiva, aunque algunas veces intercambie los nominativos *ius* y *lex*<sup>314</sup>; y, en lo referente a la ley positiva humana, me parece que sigue a Santo Tomás de Aquino y a Domingo de Soto y no a Francisco Suárez. Es así, tanto en lo que se refiere a su definición y requisitos<sup>315</sup>, como en cuanto a la relación que él observa entre las leyes humanas positivas con el derecho natural y las leyes divinas<sup>316</sup>, así como al entender que cesando la razón de la ley —v.gr., si fue introducida por causa de una guerra u otra calamidad—, si bien ésta no cesa *ipso iure*, queda durmiente en sus efectos y ejecución, mientras no retornen otras circunstancias semejantes a aquellas que la motivaron<sup>317</sup>. También es así en el modo de razonar jurídicamente, ya que cuando las leyes son conclusiones no interpreta como Suárez, ateniéndose la intención y la voluntad del legislador, sino de conformidad al derecho natural, o sea a lo que es justo atendiendo la naturaleza de la cosa, de

310. Así lo destaca WELZEL, loc. cit., p. 121.

311. En esta idea se anticipó otro jesuita, RODRIGO DE ARRIAGA, en sus *Disputationes theologiae, Tract. de Legibus* I, 1, 2; II, 1; III, 2, 4; VI, 1; VII y VIII quien entendió la ley natural como juicio de que algo es bueno o malo, mientras que la ley positiva es la volición consiguiente.

312. BASTIT, op. cit., cap. XII, p. 337.

313. *Ibid.*, p. 339.

314. Cfr. *Perspectiva histórica*, 156-160, pp. 479-503.

315. *Ibid.*, 160, pp. 499 y s.

316. *Ibid.*, pp. 500 y ss.

317. *Ibid.*, p. 502.



acuerdo con la razón de su causa final y de su utilidad común efectiva; y, en el modo de razonar, que no es silogístico como el de Suárez, sino que opera confrontando opiniones y atendiéndose siempre a la naturaleza de las cosas, según el método del *mos italicus*, aunque su erudición sea equiparable a cualquier jurista *mos gallicus*<sup>318</sup>.

318. *Ibid.*, pp. 502 y s.